Das kaufmännische Bestätigungsschreiben.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Hans Lewin
Referendar in Berlin

1928

Druck: Bruno Vergin, Berlin O 27, Andreasstraße 43. — Telefon Alex. 890

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter:

Prof. Dr. Bruck

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548203_0009

Einteilung.

Seite

A. Die verschiedenen Arten von Bestätigungsschreiben 1

B. Die kaufmännischen Bestätigungsschreiben.

I. Allgemeines 3

II. Bestätigungsschreiben nach Vertragsschluß.

1. Die wahre Abschlußbestätigung.

a) Abgrenzung von Bestätigungsschreiben als bloßen Beweismitteln 7

b) Unter Kaufleuten 11

c) Unter Nichtkaufleuten 35

2. Die vermeintliche Abschlußbestätigung 36

III. Bestätigungsschreiben zwecks Vertragsschlusses.

a) Unter Kaufleuten 39

b) Unter Nichtkaufleuten 40

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts (R.O.H.G.).
Förtsch, Sprache der Juristen, der Gesetze, der Geschäftswelt in DJZ. 1905, S. 15 ff.
Friedrichs, Vertragsrecht, Berlin 1927.
v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1926.
Goldmann, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1901/06.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerl. Gesetzbuch, systematisch dargestellt. 2. Aufl. Berlin 1903.
Hölder, Gesetz und Verkehrssitte in Recht 1901, 216.
Hanseatische Gerichtszeitung. Hauptblatt (Hans.G.Z.).
Hanseatische Rechtszeitschrift (Hans.R.Zeitschr.).
Jacobsohn, Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums in JherJhb. Bd. 56, 329 ff.
Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege (Württ.J.).
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerl. Rechts (JherJ.).
Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern (Pos.MSchr.).
Juristische Zeitschrift für Elsaß-Lothringen (Els.Loth.Z.).
Juristische Rundschau.
Juristische Wochenschrift (JW).
Kommentar der Reichsgerichtsräte zum Bürgerl. Gesetzbuch, Bd. I, 6. Aufl., Berlin und Leipzig 1928 (RGRKom.).
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl., Leipzig 1912.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (LZ).
Leonhard, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte in Arch. f. zivil. Prax. 120, 14.
— Die Beweislast, 1904.
Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 13. Aufl., Berlin 1907.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907.
Mecklenburgische Zeitschrift f. Rechtspflege und Rechtswissenschaft (Meckl.Z.).
Monatsschrift f. Handelsrecht und Bankwesen. Herausgeg. v. Holdheim (Holdheim).
Mosse-Heymann, Handelsgesetzbuch, 17. Aufl., Berlin und Leipzig 1926.
Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 2. Aufl., Tübingen 1927.
Neumann, Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuches f. d. Deutsche Reich. 4. Aufl. Berlin 1905.
Niemeyer, Geltung seitlich gedruckter Klauseln als Vertragsinhalt in LZ 1916, 300 ff.
Oertmann, Bürgerl. Gesetzbuch. Allgemein. Teil. 3. Aufl. Berlin 1927.
— Der gewöhnliche Handelskauf in Ehrenbergs Handbuch, Bd. IV, Abt. II, S. 327 ff.
— Rechtsordnung und Verkehrssitte, Leipzig 1914.
— in JW 1918, 769 zu Nr. 6.

Plancks Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. 4. Aufl. Berlin 1913.
Plum, in JW 1922, 1675 zu Nr. 3.
— in JW 1921, 1465 zu Nr. 8.
— in JW 1919, 443 zu Nr. 2.
Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bearb. v. Bolze. (Bolze)
Das Recht, Rundschau für den dtsch. Juristenstand (Recht).
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (ROLG).
Recht und Handel (RuH).
Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche, 3. Bd. Breslau 1900, 06, 11.
Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1910.
Sächsisches Archiv f. Rechtspflege (SächsArch.).
Schleswig-Holsteinische Anzeigen (Schles.Holst.Anz.).
Schmidt-Rimpler in JW 1926, 2532 zu Nr. 7.
v. Seefried, Das kaufmännische Bestätigungsschreiben. Diss. Erlangen 1922 (Maschinenschrift).
Seuffert's Archiv f. Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (SeuffA).
— Blätter f. Rechtsanwendung (Seuff.Bl.).
Siller, Das kaufmännische Bestätigungsschreiben in Jur. Rundschau 1927, Nr. 10, S. 289 ff.
Soergel, Bürgerl. Gesetzbuch, 3. Aufl., Berlin 1926.
Soergel's Rechtsprechung. Jahrbuch des Zivilrechts (Soergel).
Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. III, 12. u. 13. Aufl. Berlin und Leipzig 1926.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, I. Bd., 9. Aufl. München, Berlin, Leipzig 1925.
Stengel, Ueber die Bedeutung von Bestätigungsschreiben beim Vertragsabschluß. Diss. Göttingen 1925.
Stern, Das kaufmännische Bestätigungsschreiben mit besonderer Berücksichtigung der Gerichtspraxis. Diss. Heidelberg 1923. (Maschinenschrift.)
— Stillschweigen bei sich kreuzenden Bestätigungsschreiben in DJZ 1923, 165.
Titze, Die Lehre vom Mißverständnis, Berlin 1910.
— in JW 1925, 779 zu Nr. 33.
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts. Leipzig 1910.
Walsmann, in JW 1926, 2434 zu Nr. 7.
Warneyer, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzb. f. d. Deutsche Reich, I. Bd. Tübingen 1923.
Warneyer's Rechtsprechung des Reichsgerichts (Warn.R.).

Uebersicht

über die der vorliegenden Arbeit zugrunde gelegten Entscheidungen des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte.

1. **Bad. Rpr.**
   1901, S. 11, 128, 192, 301, 305.
   1903, 11, 338.
   1918, 110, 134.
   1921, 2, 49.
2. **Bank A.**
   1906/07, S. 12.
3. **Bay. Z.**
   1920, S. 175.
4. **Bolze.**
   Bd. 1, S. 141.
   Bd. 3, S. 204.
   Bd. 23, S. 177.
5. **Braunschw. Z.**
   1921, S. 101.
6. **Breslau A K.**
   1920, 38.
7. **D J Z.**
   1903, 456.
   1905, 17.
   1906, 264.
   1907, 1384.
   1908, 212.
   1910, 881.
   1917, 898.
   1919, 1021.
   1923, 165.
8. **D R Z.**
   1924, S. 197.
9. **Els Lothr Z.**
   1915, 242.
   1916, 277.
   1918, 161.
10. **Gruchot.**
    Bd. 52, S. 1100.
    Bd. 53, 706.
    Bd. 54, 894.
    Bd. 55, 888.
    Bd. 62, 372.
    Bd. 66, 457.
11. **Hans. G. Z.**
    1898, S. 96.
    1903, S. 71.
    1905, S. 180.
    1904, S. 19, 127, 225, 282.
    1908, S. 68, 128.
    1912, S. 96.
    1916, S. 30, 270.
    1920, S. 172.
    1921, S. 16, 282.
    1922, S. 57.
12. **Hans. R. Ztschr.**
    1919, S. 195, 353.
    1920, S. 556.
    1922, S. 152, 207.
13. **Holdheim.**
    1900, 78.
    1904, 28.
    1905, 83.
    1906, 112.
    1907, 142.
    1908, 291.

1911, 121, 148, 190.
1914, 73.
1916, 202.
1918, 95.
1919, 107.

14. **J W.**
1897, 88 [34].
1898, 162, 292 [47].
1899, 482 [4].
1903, 102, 183.
1904, 341.
1909, 57.
1910, 649.
1911, 224, 976 [7].
1916, 368, 1186, 1187, 1332.
1918, 769 [6].
1919, 109 [13], 443.
1921, 234, 1465 [8].
1922, 1675 [3].
1924, 404 [2], 405 [3], 537.
1925, 779 [33].
1926, 2434 [7], 2465 [7], 2532 [7].

15. **K G Bl.**
1901, S. 38, 52.

16. **L Z.**
1908, 383, 472, 630.
1909, 140.
1910, 854.
1911, 157, 295, 925.
1913, 462, 681.
1917, 794, 853.
1916, 300.
1919, 535, 798.
1920, 755, 176.
1922, 288, 368.
1923, 344.
1927, 609.

17. **Meckl Z.**
Bd. 35, S. 48.
Bd. 38, S. 163.

18. **Pos M Schr.**
1904, S. 24, 34.
1907, S. 49.
1910, S. 66.

19. **Recht.**
(1901, S. 216.)
1904, Nr. 284, 885, 1130, 1462, 1621, 1690, 2391.
1905, Nr. 1066.
1906, Nr. 285, 841, 2343, 2813.
1908, Nr. 1336.
1910, Nr. 6, 1661, 2780.
1911, Nr. 1991.
1914, Nr. 2006.
1916, Nr. 1064, 1065, 1680, 1846.
1917, Nr. 344, 1131.
1918, Nr. 473, 661, 833.
1919, Nr. 209, 478, 479, 639, 717, 888, 1253, 1643.
1920, Nr. 463, 2273, 2279, 2280.
1921, Nr. 1292, 1438.
1922, Nr. 449, 801, 1260.
1923, Nr. 172, 767, 914, 915, 1128, 1185.
1924, Nr. 1324, 1326, 1327.
1927, Nr. 1172, 1208.

20. **R. G.**
Bd. 13, 77.
Bd. 30, 59.
Bd. 52, 23, 133.
Bd. 54, 176.
Bd. 57, 408.
Bd. 58, 66, 155.
Bd. 59, 350.
Bd. 68, 15.
Bd. 88, 377.
Bd. 90, 136, 166.
Bd. 95, 48, 92, 117.
Bd. 97, 133, 191.
Bd. 101, 74.
Bd. 103, 95, 401.
Bd. 104, 201.
Bd. 105, 205, 389.
Bd. 106, 414.
Bd. 114, 282, 289.

21. **R O H G.**
Bd. I, 81; II, 91; III, 113; IV, 205; XI, 432; XII, 1, 98; XIV, 11, 371, 426; XV, 94; XIX, 3; XXII, 130, 144; XXIV, 196.

22. **ROLG.**
Bd. **8,** 28, 427.
Bd. **11,** 28.
Bd. **12,** 14.
Bd. **16,** 129.
Bd. **19,** 58, 392, 393.
Bd. **22,** 150.
Bd. **23,** 2, 4.
Bd. **24,** 175, 177, 300.
Bd. **28,** 368, 369, 370, 373.
Bd. **29,** 19, 21.
Bd. **32,** 153, 352.
Bd. **33,** 23.
Bd. **39,** 126.
Bd. **40,** 216, 263, 269.
Bd. **41,** 213, 214, 216.
Bd. **42,** 228.

23. **Sächs Arch.**
1906, 232, 275.
1913, 251.
1916, 13.
1920, 113.

24. **Schl Holst Anz.**
1916, 93.
1918, 60.

25. **Seuff A.**
Bd. **54,** S. 64.
Bd. **57,** S. 386, 450.
Bd. **62,** S. 345, 346.
Bd. **63,** S. 387.
Bd. **70,** S. 259.
Bd. **73,** S. 2, 3, 150, 250, 283, 318.
Bd. **74,** S. 193.
Bd. **75,** S. 317.
Bd. **76,** S. 7, 315, 316.
Bd. **78,** S. 72.
Bd. **80,** S. 137.

26. **Seuff Bl.**
1907, 648.
1909, 321.
1912, 165.

27. **Soergel.**
1916, S. 669 Nr. 3, 4.
1918, S. 293 Nr. 18.
1919, S. 12 Nr. 2, S. 24 Nr. 5, S. 30 Nr. 80, S. 31 Nr. 81, 85 a.
1920, S. 18 Nr. 5, 6, 7, S. 239 Nr. 20, 21, 22.
1921, S. 25 Nr. 6, S. 229, Nr. 4, 5, 6.
1922, S. 25 Nr. 8, S. 35 Nr. 4, S. 40 Nr. 54, S. 42 Nr. 70, 74, S. 229 Nr. 4, 5, 6, 7, S. 230 Nr. 8.
1923, S. 20 Nr. 10, 11, 12, S. 194 Nr. 2, 3, 4, 5.
1924, S. 252 Nr. 6, 7, 8, 9, 10, 11.

28. **Warn R.**
1911, S. 179, 466.
1918, S. 262.
1919, S. 10, 40, 72.
1920, S. 5, 49, 124.
1921, S. 166.
1922, S. 9, 43, 112, 113.
1925, S. 74.
1927, S. 70.

29. **Württ J.**
Bd. **29,** S. 189.

A. Die verschiedenen Arten von Bestätigungsschreiben.

Das Wort „Bestätigungsschreiben" findet sich weder im Bürgerlichen Gesetzbuch noch im Handelsgesetzbuch als den beiden maßgebenden Quellen. Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht zwar in den §§ 141, 144, 1325, 1337, 1350, 1741 und 2284 von „Bestätigung" und „bestätigen" in einer Anwendung dieser Ausdrücke, die mit dem allgemeinen natürlichen Sprachgebrauch übereinstimmt und die eine bestimmte nicht mißzuverstehende Bedeutung hat. Der Begriff der Bestätigung wird jedoch vorausgesetzt [1]). In der Handelssprache wird jedoch unter Bestätigung und Bestätigungsschreiben etwas ganz anderes verstanden [2]). Es blieb deshalb der Rechtswissenschaft und insbesondere der Rechtsprechung vorbehalten, die Begriffsmerkmale der im kaufmännischen Verkehr vorkommenden verschiedenen Arten von Bestätigungsschreiben und ihre rechtliche Bedeutung festzulegen [3]).

Bestätigungsschreiben kommen im Handelsverkehr in mannigfachen Formen vor und dienen den verschiedensten Zwecken. Sie haben daher auch in den einzelnen Fällen in rechtlicher Hinsicht verschiedene Bedeutung.

Man teilt sie in „gewöhnliche" und „kaufmännische" Bestätigungsschreiben ein. Diese Unterscheidung beruht aber nicht etwa darauf, daß die letzteren nur im kaufmännischen Verkehr zur Anwendung kommen, es sind vielmehr auch die „gewöhnlichen" Bestätigungsschreiben im Handelsverkehr üblich. Kaufmännische Bestätigungsschreiben werden vielmehr diejenigen genannt, welche zu dem Zwecke übersandt werden, einen bereits abgeschlossenen Vertrag inhaltlich in authentischer Weise und beweiskräftiger Form mit konstitutiver Wirkung festzulegen oder nachträglich zu ergänzen bzw. abzuändern. Kaufmännische Bestätigungsschreiben sind weiterhin solche, die übersandt werden,

1) Siller, S. 290.
2) vgl. Förtsch in DJZ 1905, S. 15 ff.
3) Der vorliegenden Arbeit wurden mehr als 300 Entscheidungen des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte zugrunde gelegt. (s. voranstehende Uebersicht.)

um nach Führung von unverbindlichen Vorverhandlungen durch Zusammenfassung des Vertragswillens des Uebersenders einen Vertragsschluß herbeizuführen [4]). Soweit diese Bestätigungsschreiben nicht lediglich Beweiszwecken hinsichtlich des ihnen zugrunde liegenden Vertrages dienen, kommt ihnen rechtserzeugende Kraft zu. Bestätigungsschreiben mit konstitutiver Wirkung sind „kaufmännische Bestätigungsschreiben".

Den „gewöhnlichen" Bestätigungsschreiben kommt eine solche konstitutive Bedeutung in keinem Falle zu. Sie zerfallen in verschiedene Gruppen, und zwar ergibt sich die Einteilung aus ihrer Verwendungsform in der Praxis. Man hat mit Staub [5]) zu unterscheiden:

a) Bestätigungsschreiben als schriftliche Genehmigung eines von einem vollmachtslosen Vertreter geschlossenen Vertrages;
b) Bestätigungsschreiben als schriftliche Annahme eines Vertragsantrages;
c) Bestätigungsschreiben als bloße Beweismittel.

Bestätigungsschreiben in dem zu a) genannten Sinne stellen Genehmigungsschreiben im Sinne des § 177 BGB dar. Durch sie genehmigt der Vertretene einen Vertrag, der von einem vollmachtslosen Stellvertreter oder von einem bevollmächtigten Stellvertreter unter Ueberschreitung oder nach Fortfall der Vollmacht für ihn in seinem Namen abgeschlossen ist. Durch die Genehmigung wird der Vertrag wirksam.

Bestätigungsschreiben können auch die Bedeutung einer schriftlichen Vertragsannahme im Sinne des § 147, II, BGB haben [6]). Es handelt sich dabei um die Annahme eines schriftlichen oder durch einen Vermittler gemachten Vertragsangebots.

Diese beiden Arten von Bestätigungsschreiben sind in ihrer rechtlichen Bedeutung in den §§ 177 ff. bzw. 145 ff. BGB geregelt.

Als dritte Gruppe der „gewöhnlichen" Bestätigungsschreiben unterscheidet man die Bestätigungsschreiben als bloße Beweismittel. Sie schaffen lediglich eine Beweisurkunde über den Vertragsschluß zum Zwecke der Beweiserleichterung. Ihre Bedeutung liegt nur auf prozessualem Gebiet, und zwar in der Weise, daß derjenige die Beweislast hat, der eine Abweichung der vorangegangenen Parteiberedungen von dem Inhalt des Bestätigungsschreibens behauptet [7]). Diese Bestätigungsschreiben sind nicht mit denjenigen kaufmännischen Bestätigungsschreiben zu

4) Titze, in JW 25, S. 779 zu 3; Plum in JW 1921, S. 1465 zu Nr. 8.
5) Staub, Anm. 38 zu § 372.
6) RG 95, 92; 90, 136.
7) Siller, S. 289.

verwechseln, die zwar auch den Abschluß und den Inhalt eines Vertrages in beweiskräftiger Form festlegen, aber infolge der von den Parteien beabsichtigten konstitutiven Kraft einen Gegenbeweis nicht zulassen. Der Inhalt dieser kaufmännischen Bestätigungsschreiben wird vielmehr zur ausschließlichen Vertragsgrundlage. Wann ein nur als Beweismittel zu behandelndes Bestätigungsschreiben vorliegt, soll in einem späteren Zusammenhange dargetan werden.

In der folgenden Darstellung sollen nur die eigentlichen, d. h. die kaufmännischen Bestätigungsschreiben behandelt werden. Die „gewöhnlichen" Bestätigungsschreiben mit nur rechtsbekundender Wirkung haben mit ihnen nur den Namen in der Uebung der Geschäftssprache gemeinsam, sie unterliegen bestimmten Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches und sollen daher mangels der den kaufmännischen Bestätigungsschreiben eignenden rechtlichen Besonderheiten in der vorliegenden Arbeit unberücksichtigt bleiben.

B. Die kaufmännischen Bestätigungsschreiben.

I. Allgemeines.

Im kaufmännischen Verkehr ist es den vertragschließenden Parteien nicht immer möglich, die Verhandlungen in eingehender Weise persönlich zu führen. Der Abschluß erfolgt daher nicht selten durch Vertreter (Reisende, Agenten). Häufig werden die Vertragsverhandlungen auch auf telegraphischem oder telephonischem Wege geführt, besonders dann, wenn es sich um Geschäfte handelt, die eine schnelle Entschließung erforderlich machen. Hierbei pflegen dann häufig nur die wesentlichsten Punkte des Vertrages festgelegt zu werden, während die Parteien sich stillschweigend die Regelung sämtlicher Vertragsbestimmungen durch eine nachträgliche Vereinbarung vorbehalten.

Die Gefahren, die ein solcher telegraphischer oder telephonischer Verkehr infolge der Möglichkeit falscher Uebermittlung bzw. sonstiger Mißverständnisse und Unklarheiten mit sich bringt, die Unsicherheit des Abschlusses durch Vertreter, sowie die Absicht der Parteien, den Vertragsinhalt endgültig festzulegen, machen es erforderlich, daß auf schriftlichem Wege Zustandekommen und Inhalt des Vertrages festgestellt werden. Aus diesen Gründen der Sicherheit bedienen sich die Parteien des Bestätigungsschreibens, und zwar, indem der eine Vertragsteil dem andern oder beide Teile sich gegenseitig Bestätigungen

übersenden. Das entspricht einer allgemein geltenden Uebung des Handelsverkehrs.

Das Bestätigungsschreiben soll danach die ausschließliche Grundlage der zwischen den Parteien bestehenden Vertragsbeziehungen werden. Es soll den Vertragsinhalt möglichst klar und vollständig in authentischer Weise und zugleich beweiskräftiger Form festlegen. Der Absender faßt seinen Vertragswillen und dessen genauen Inhalt endgültig so bestimmt und vollständig zusammen, daß der Empfänger durch ein einfaches „Ja" den Vertrag zum Abschluß bringen kann[8]).

Einem solchen Bestätigungsschreiben wohnt ein annahmebedürftiger Vertragsantrag inne.[9]). Es enthält den rechtsgeschäftlichen Vorschlag an den Empfänger, sich mit seinem Inhalt einverstanden zu erklären. Dazu muß es dem Empfänger erkennbar die Absicht des Verfassers kundtun, diesen wissen zu lassen, wie er, der Absender, den Inhalt der mündlichen Verhandlungen auffasse. Der Empfänger muß erkennen können, daß der Absender den Zweck verfolgt habe, den Inhalt des mündlichen Vertrages endgültig gemäß dem Inhalt des Schreibens festzustellen, sodaß dieses rechtserzeugende Kraft haben sollte[10]). Der Absender will den Empfänger damit zu einer Prüfung veranlassen, ob seine Auffassung sich mit der des Verfassers decke, er will durch die Darlegung seiner Auffassung den Vertragsinhalt in der Weise endgültig näher festlegen, daß für die beiderseitigen Rechte und Pflichten aus dem Vertrage lediglich der Inhalt des Schreibens maßgebend sein soll[11]).

Von dem gewöhnlichen Vertragsantrag unterscheidet sich das kaufmännische Bestätigungsschreiben dadurch, daß ihm in jedem Falle Verhandlungen vorausgegangen sind, mögen sie nun schon zu einem Vertragsschluß geführt haben oder mögen sie erst zum Zwecke der Herbeiführung eines solchen gepflogen worden sein. Bei Absendung des Bestätigungsschreibens standen die Parteien jedenfalls bereits in einer schuldrechtlichen Beziehung[12]). Deshalb ist auch Schweigen auf ein solches Bestätigungsschreiben anders zu behandeln als ein Schweigen auf ein gewöhnliches Vertragsangebot, dem solche Vorverhandlungen nicht vorangegangen sind.

Seinem Zwecke entsprechend will das Bestätigungsschreiben mehr als nur rechtsbekundende Wirkung haben. Um eine Feststellung mit rechtlicher Bedeutung herbeiführen zu können, muß es konstitutive Kraft haben.

8) SeuffA. 70. 259.
9) Holdheim 1904, S. 28; Oertmann Komm. zu § 155, S. 555.
10) MecklenburgZ. 38, 163 (SeuffA. 76, 7; OLG 41, 213; Soergel 1921, S. 25).
11) RG 54, 176 ff.
12) RG 95, 92.

Ein solcher Vertragsantrag kann von dem Empfänger nun entweder angenommen oder abgelehnt werden. Beides braucht nicht ausdrücklich zu geschehen, kann vielmehr durch konkludente Handlungen erfolgen. So ist aus der einfachen Rücksendung des ohne ein Zeichen der Genehmigung versehenen Bestätigungsschreibens zweifelsfrei eine Ablehnung zu entnehmen[13]). Andererseits gibt der Empfänger, der sich auf ein solches Bestätigungsschreiben ohne weiteres in den Vertragsvollzug einläßt, deutlich zu erkennen, daß er den Inhalt des Bestätigungsschreibens billige, ohne daß es noch einer ausdrücklichen Erklärung seines Einverständnisses bedürfte[14]).

In den häufigsten Fällen wird jedoch ein solches Bestätigungsschreiben unbeantwortet gelassen. Ein gewöhnlicher Vertragsantrag wäre dann durch das Stillschweigen abgelehnt. Das Schweigen auf Bestätigungsschreiben ist jedoch anders zu bewerten.

Als gesetzliche Grundlage für die rechtliche Behandlung der Bestätigungsschreiben kommen neben den gesamten Bestimmungen über Verträge im BGB die §§ 133 und 157 BGB sowie § 346 HGB in Frage, die allgemeine Geltung für den Wirtschaftsverkehr haben.

§ 133 BGB: „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften".

§ 157 BGB: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern".

§ 346 HGB: „Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen".

Für die Wirkung der Bestätigungsschreiben und ihre Bedeutung sind in erster Linie die Grundsätze von Treu und Glauben maßgebend, also die Regeln der redlich und billig Denkenden. Sie geben einen objektiven Maßstab für die Auslegung. § 157 BGB ist nicht — worauf sein Wortlaut hindeutet — nur auf „Verträge" anwendbar, sondern erfaßt in gleicher Weise jede Willenserklärung[15]), auch die stillschweigende.

§§ 157, 346 können also die Mittel sein, den wirklichen, erklärten Willen nach § 133 BGB zu erforschen. Bei der Auslegung nach Treu und Glauben ist auf die Verkehrs- und Handelssitte Rücksicht zu nehmen, und zwar nicht nur zur Erforschung des

13) HansGZ. 1905, S. 180.
14) RG 88, 377.
15) Staub Anm. 1 zu § 346; Müller-Erzbach, S. 49; Neumann Anm. 2 zu § 157; Oertmann, Rechtsordnung, S. 82; Warneyer Anm. IV zu § 157; v. Tuhr, Bd. II, 1, S. 535.

wirklichen Willens, sondern auch, wenn es sich um Auslegung des Vertrages durch Ergänzung des nicht zum Ausdruck gebrachten Parteiwillens handelt [16]). Verkehrssitte und Handelsgewohnheiten können aber nur ergänzend zur Auslegung von Willenserklärungen herangezogen werden, d. h. erst dann, wenn festgestellt ist, was das im Privatrecht geltende Prinzip von Treu und Glauben erfordert. So wird eine Verkehrssitte dann nicht der Auslegung zugrunde gelegt werden können, wenn sie gegen Treu und Glauben verstößt.

Die Verkehrssitte ist keine Rechtsnorm, auch kein Gewohnheitsrecht, sie ist lediglich eine den Verkehr beherrschende, rein tatsächliche Uebung [17]) und setzt ein häufigeres Vorkommen in einem verhältnismäßig längeren Zeitraum voraus. Deshalb kann die Revision gegen ein Urteil nicht darauf gestützt werden, daß eine im Urteil als bestehend bezeichnete Verkehrssitte in Wirklichkeit nicht vorhanden ist; es handelt sich dabei vielmehr um eine tatsächliche Feststellung, die mit der Revision nicht mehr anfechtbar ist.

Da die Handels- und die Verkehrssitte den Verkehr beherrschen und da sie objektiv feststellbar sind, kommt es nicht darauf an, ob sie den Parteien bekannt sind. Wenn es sich nur um eine allgemeine Verkehrssitte handelt, müssen die Parteien sie auch bei Unkenntnis gegen sich gelten lassen [18]). Das entspricht nicht nur dem unter Vertragschließenden allgemein geltenden, auch ohne ausdrückliche Erklärungen zu unterstellenden Willen, daß das allgemein Verkehrsübliche auch auf ihren Vertrag zur Anwendung komme [19]), sondern die Verkehrssitte ergänzt auch ohne eine solche Vereinbarung das Gesetz.

Naturgemäß kann die Anwendung einer Verkehrs- oder Handelssitte ausdrücklich ausgeschlossen werden [20]). Dem Vertragsgegner gegenüber muß eine solche Absicht aber erkennbar hervorgetreten sein [21]).

---

16) Enneccerus § 193, III., S. 531; Lehmann, S. 52; Müller-Erzbach, S. 50; Turck, S. 63.

17) Gierke, S. 14, 2a; Lehmann, S. 52; Planck Anm. 1 b zu § 157; Warneyer Anm. III zu § 157; Oertmann zu § 157, S. 565; Achilles-Greiff Anm. 4 zu § 157; Staub Anm. 6 zu § 346; Mosse-Heymann Anm. 1 zu § 346; RG 97, 143; 89, 262; 83, 186; 55, 377; 49, 162; WarnRspr. 19, 299; RG 80, 211.

18) Achilles-Greiff Anm. 4 zu § 157; Mosse-Heymann Anm. 3 zu § 346; Staub Anm. 2 u. 9 zu § 346; Oertmann zu § 157, S. 565. DJZ 1908. 212; Gruch. 59, 915; 67, 650; 52, 1100 (Holdheim 07, 142; SeuffBl. 07, 648); HansGZ 1911, S. 30; RG 112, 253; 98, 667; 97, 242; 95, 243; 69, 127; 42, 147.

19) Gierke, S. 15 b, Lehmann, S. 53.

20) Gierke, S. 15 b; Warneyer Komm. Anm. III zu § 157.

21) RG 63, 13; 54, 182; HansGZ. 1911. 30.

§ 346 HGB gilt grundsätzlich nur unter Kaufleuten, kommt also auf Verträge von Kaufleuten mit Nichtkaufleuten nicht zur Anwendung. Ist jedoch eine Handelssitte auch im Verkehr zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten in Geltung, so ist eine Verkehrssitte im Sinne des § 157 BGB entstanden, die diese Parteien bindet.

Im folgenden sollen nun unter Zugrundelegung der angeführten Gesetzesstellen die verschiedenen Arten von kaufmännischen Bestätigungsschreiben in ihrer Bedeutung und Wirkung dargestellt werden. Die Behandlung soll in der Weise erfolgen, daß zuerst die Bestätigungsschreiben behandelt werden, denen bereits ein Vertragsschluß vorangegangen ist. Dabei wird auch der Fall zu behandeln sein, daß ein Vertrag nur nach Ansicht des Bestätigenden zustande gekommen ist, während in Wirklichkeit eine Einigung noch nicht erzielt worden ist. Daran anschließend wird das Bestätigungsschreiben behandelt werden, dem nur Vorverhandlungen vorausgegangen sind. Dieses Bestätigungsschreiben stellt rechtlich einen Vertragsantrag dar.

Unterschiedliche Behandlung müssen dabei die Bestätigungsschreiben erfahren, die im Geschäftsverkehr unter Kaufleuten, und jene, die im Geschäftsverkehr zwischen einem Kaufmann und einem Nichtkaufmann ergangen sind.

II. Bestätigungsschreiben nach Vertragsschluß.

1. Wahre Abschlußbestätigung.

a) Abgrenzung von den Bestätigungsschreiben als bloßen Beweismitteln.

Bestätigungsschreiben, die nach erfolgtem Vertragsschluß (mündlich, telephonisch, telegraphisch, persönlich, durch bevollmächtigte Vertreter) von dem einen Vertragsteil dem anderen oder wechselseitig von beiden Parteien übersandt werden, können zweierlei Bedeutung haben. Sie können, wie schon unter A. dargetan ist, bloße Beweismittel mit nur deklaratorischer Wirkung darstellen, sie können aber auch konstitutive Kraft besitzen [22]).

In der Regel kommt einem solchen Bestätigungsschreiben nur deklaratorische Bedeutung zu [23]); es soll lediglich bekunden, was schon von den Parteien vereinbart worden ist. Das wird z. B. dann der Fall sein, wenn es in unmittelbarem Anschluß an einen mündlichen Vertragsschluß dem Vertragsgegner unter ge-

22) LZ 08, 472; Recht 1918, Nr. 661.

23) DJZ 1917, S. 898 (LZ 1917, 853); Recht 1918, Nr. 661; SeuffA. Bd. 73, S. 150 (Soergel 1918, S. 293, Nr. 14); RG 97, 133; JW 1921, 1465; Recht 1923, Nr. 172.

nauer Wiedergabe des Vereinbarten ausgehändigt wird[24]) oder wenn ein Geschäft bei festem Abschluß durch einen auswärtigen bevollmächtigten Vertreter, z. B. einen Agenten oder Reisenden, von dem Handelshause unmittelbar mit dem unter den Parteien bereits erschöpfend festgelegten Inhalt bestätigt wird[25]).

Das Bestätigungsschreiben ist dann wie ein die vertraglichen Erklärungen beider Parteien enthaltendes, in der sonst üblichen Vertragsform abgefaßtes Schriftstück, wie eine zur vollständigen Verbriefung des Vertragsinhalts bestimmte Urkunde anzusehen[26]).

Die Sicherheit im Rechtsverkehr verlangt eine solche Festlegung. Die häufig unzuverlässige Art des Zustandekommens von Verträgen (Telegraph, Telephon) erfordert eine Klärung und eine Behebung möglicherweise entstandener Mißverständnisse und Unklarheiten. Es entspricht aber auch, besonders wenn es sich um bedeutendere Geschäfte handelt, dem im kaufmännischen Verkehr allgemein geltenden Bedürfnis, die leicht zu vergessenden mündlichen Abmachungen schriftlich niederzulegen. Das Bestätigungsschreiben in dieser Bedeutung dient in hohem Maße dem Zwecke, spätere Streitigkeiten, die sich aus dem Vertragsverhältnis ergeben könnten, zu vermeiden[27]).

Die deklaratorische Wirkung kann dem Bestätigungsschreiben nur dann zukommen, wenn ein Vertrag auch zweifelsfrei und endgültig abgeschlossen ist. Dem Zwecke dieser Bestätigungsschreiben entsprechend ist der endgültige Vertragsschluß Voraussetzung für ihre Wirksamkeit, denn ein Beweismittel kann nur für etwas schon Bestehendes geschaffen werden.

Rechtsbekundende Kraft kann ein Bestätigungsschreiben aber auch nur insoweit haben, als es sich streng an die vorangegangen Abmachungen hält. Es soll alles enthalten, was von den Parteien vereinbart worden ist, es darf jedoch, um rechtsbekundende Wirkung zu haben, andererseits nur das enthalten, was abgesprochen ist.

Diese Bestätigungsschreiben enthalten demnach keinen Vertragsantrag, da sie sich auf die Wiedergabe des bereits Vereinbarten zum Zwecke der Beweiserleichterung beschränken.

Für ihren Inhalt gilt — wenn sie unwidersprochen geblieben sind — die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit, d. h. es gilt die Regel, daß alles, was mündlich vor oder bei Errichtung der Urkunde besprochen, jedoch in das Bestätigungsschreiben

24) s. DJZ und Recht wie zu Anm. 23; RG 97, 133; SeuffA. 80, 137.
25) RG 90, 136 (Recht 1917, Nr. 1131).
26) WarnRspr. 1910/11, S. 179.
27) Plum in JW 1921, 1465 zu Nr. 8.

nicht aufgenommen worden ist, bis zum Beweise des Gegenteils als aufgehoben zu gelten hat[28]).

Diese Vermutung ist nur eine tatsächliche[29]), eine Beweisvermutung. Sie entspringt dem Wesen einer schriftlichen Niederlegung. Mit dieser wird nach der Erfahrung des Verkehrs bezweckt, den Inhalt eines Vertrages so vollständig wiederzugeben, daß die Urkunde den gesamten Vertragsinhalt enthält[30]). Es liegt daher im besonderen Interesse der Parteien, solche Bestätigungsschreiben auf ihren Inhalt zu prüfen, weil eine Nichtübereinstimmung mit den mündlichen Abreden in einem späteren Prozesse unangenehme Wirkungen haben könnte.

Bestätigungsschreiben, die erkennbar nur die wesentlichen Bestimmungen eines Vertrages oder nur einen Teil eines Abkommens enthalten, unterliegen nicht dieser Vermutung. In diesem Falle gelten die mündlichen Vereinbarungen neben dem Inhalt des Bestätigungsschreibens fort[31]).

Die Grundsätze über die Vermutung der Vollständigkeit von Urkunden greifen auch dann nicht Platz, wenn über die Geltung der mündlichen Abreden neben der Urkunde zwischen den Parteien Einigkeit herrscht[32]) oder wenn die Parteien vereinbart haben, daß mündliche Abreden auch gegen den Inhalt der Urkunde gelten sollen[33]). Für die Vermutung ist auch dann kein Raum, wenn nach schriftlicher Fixierung der Vertragspflichten der Vertrag nachträglich ergänzt oder abgeändert wird.

Die Vermutung hat ferner in den Fällen keine Bedeutung, in welchen eine Arglist des Verfassers vorliegt oder es sich nur um eine reine Frage der Auslegung des Bestätigungsschreibens handelt[34]). Eine Abrede kann auch nur deswegen in die Urkunde nicht ausdrücklich aufgenommen sein, weil sie sich für die Vertragschließenden aus den aufgenommenen Bestimmungen als selbstverständlich ergibt und somit implicite in der Urkunde enthalten ist[35]). Ist durch Auslegung die von den Parteien einer Abrede in der Urkunde gegebene Bedeutung festgestellt, so kann die Vermutung der Vollständigkeit schon deshalb nicht in Frage

28) Mot. II, S. 184; RG 97, 133; 85, 326; 77, 405; 68, 15; 52, 23. HansGZ 1921, 281; JW 1911, 87, Nr. 4; 1910, S. 800, Nr. 5; Holdheim 1906, S. 112 (Recht 1906 Nr. 2343); Recht 1918 Nr. 651; 1916 Nr. 1064; 1910 Nr. 6; HansRZ 1919, S. 195 (Recht 1919 Nr. 209; Soergel 1919, S. 24); SeuffA. 73, 150 u. 250 (Recht 1919 Nr. 1253; Soergel 1919, S. 12). u. a. m.; Staub Anm. 71 zu § 350; Staudinger Anm. 3 zu § 146.

29) RG 68, 15; SeuffA. 73, 250 (Recht 19, 1253; Soergel 19, S. 12 Nr. 2).

30) Staub Anm. 71 zu § 350.

31) Recht 1910 Nr. 6.

32) WarnR. 1912/13, S. 425; Recht 1917 Nr. 344.

33) LZ 1922, S. 229, Nr. 4.

34) Holdheim 1906. 112 (Recht 1906 Nr. 2343); Recht 1918, 833.

35) RG 88, 372; JW 1916, 1332; Soergel Anm. 4 zu § 154 BGB.

kommen, weil sie voraussetzt, daß die schriftlich niedergelegten Vereinbarungen klar und zweifelsfrei sind [36]).

Gegen die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit eines Bestätigungsschreibens ist der Gegenbeweis zulässig, daß vor und bei Abschluß getroffene Abreden trotz der Nichtaufnahme in das Bestätigungsschreiben weitere Geltung haben sollen. Dazu bedarf es der Behauptung, daß die mündliche Vereinbarung neben dem Bestätigungsschreiben gelten sollte oder daß das Bestätigungsschreiben überhaupt unvollständig sei und schon aus diesem Grunde nicht alles mündlich Abgesprochene enthalte.

Zur Führung des Gegenbeweises ist nach nunmehr fast völliger Uebereinstimmung in Wissenschaft und Rechtsprechung nicht die Darlegung besonderer Umstände erforderlich, welche die Vermutung der Vollständigkeit zu entkräften geeignet sind. Auch Staub ist in der neuen Auflage seines Kommentars von seiner früheren Ansicht, daß es dem Wesen einer Vermutung entspreche, daß sie nur unter Darlegung besonderer Umstände entkräftbar sei, abgegangen [37]) und hat sich insbesondere der reichsgerichtlichen Rechtsprechung angeschlossen [38]). Danach genügt grundsätzlich zur Entkräftigung die Feststellung, daß die Parteien die Fortgeltung der mündlich vereinbarten und in das Bestätigungsschreiben nicht aufgenommenen Abrede zur Zeit der Beurkundung noch wollten. Schon die Erheblichkeit einer Abrede kann diese Annahme rechtfertigen [39]). Die Angabe eines Grundes dafür, daß die Parteien neben dem Inhalt der Urkunde mündliche Abmachungen aufrechterhalten wollten, ist daher nicht erforderlich und unerheblich. Dieser Wille kann sogar ein stillschweigender sein [40]).

Die Führung des Gegenbeweises hat bei diesen Bestätigungsschreiben, bei denen die Schriftform nur tatsächlich, ohne diesbezügliche gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Bestimmung angewendet wird, zur Folge, daß das mündlich Abgesprochene neben dem Inhalt der Urkunde für die Parteien verbindlich ist.

Dieses Bestätigungsschreiben in der Bedeutung eines Beweismittels vermag demnach den Bestand des seiner Abfassung vorausgegangenen Vertrages nicht zu berühren [41]).

---

36) RG 62, 50.

37) Staub Anm. 73 zu § 350. a. A.: Planck Anm. 4 a ß zu § 125.

38) RG 103, 157; 68, 15; 52, 25; WarnR. 1918, S. 78; 1912/13, S. 114; 1911/12, S. 6; JW 1913, 198; 1912, 237 Nr. 5; SeuffA. 73, 250 (Recht 19, 1253; Soergel 19 S. 12 Nr. 2); LZ 1922 S. 229, Recht 1918 Nr. 883.

39) SeuffA. 73, 250.

40) Staub in Anm. 73 zu § 350 mit Judikatur.

41) SeuffA. 73, 150.

b) Unter Kaufleuten.

Bestätigungsschreiben kommt in der Regel nur die Bedeutung einer Beweisurkunde für den Geschäftsabschluß zu, aber nur insoweit nicht besondere Umstände eine abweichende Willensmeinung der Vertragschließenden erkennen lassen [42]).

Der Absender eines Bestätigungsschreibens kann den Inhalt eines Vertrages aber auch bestätigen, um die schriftliche Niederlegung des Vertragsinhalts an die Stelle des in gefährlicherer Form mündlich Vereinbarten zu setzen. Er kann dem anderen Teil zu erkennen geben — es kann auch bei Vertragsschluß vereinbart werden —, daß für die beiderseitigen Vertragspflichten und -rechte lediglich das Bestätigungsschreiben die Grundlage abgeben soll, ohne daß auf die Vereinbarungen bei Vertragsschluß zurückgegangen werden darf [43]). Die rechtliche Wirksamkeit des Vertragsschlusses wird jedoch dadurch nicht berührt. Der Vertrag ist bereits vorher zustandegekommen, es sei denn, daß die Parteien den Vertragsschluß ausdrücklich von der Uebersendung gleichlautender schriftlicher Bestätigungen abhängig gemacht haben [44]). Ein solches Bestätigungsschreiben hat dann konstitutive Bedeutung. Voraussetzung für diese Wirkung ist aber, daß für den Empfänger erkennbar ist, daß der Absender den Zweck verfolge, den Inhalt des mündlich abgeschlossenen Vertrages endgültig gemäß dem Inhalte des Bestätigungsschreibens festzustellen [45]).

Eine solche rechtserzeugende Kraft kommt einem Bestätigungsschreiben auch dann zu, wenn es sich nicht streng an die mündlichen Vereinbarungen hält [46]). Häufig ist der Inhalt der Verträge beim Abschluß nur in den wesentlichsten Punkten festgelegt worden. Nebensächlichere Bestimmungen pflegen insbesondere auch dann ausgelassen zu werden, wenn der Vertrag durch Vertreter [47]) oder durch Fernsprecher oder Ferndrucker abgeschlossen ist [48]). Die Parteien behalten dabei — auch stillschweigend — die Regelung von nebensächlicheren Bestimmungen einer nachträglichen Abmachung vor [49]). Die bestätigende Partei verlangt in solchen Fällen die Aufnahme von Bestimmungen in den Vertrag, die nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlungen

---

42) DJZ 1917 S. 898 (LZ 1917 S. 853); JW 1921 S. 1465 Nr. 8.
43) RG 54, 176 ff; ROLG 19. 392; JW 21, 234 und 1918, 769; WarnR. 19. 10; Holdheim 1905, 83; DJZ 1907. 1384; Recht 1923 Nr. 767.
44) JW 1924 S. 405; ROLG 42, 228; Recht 1924 Nr. 1327.
45) SeuffA. 76, 7 (ROLG 41, 213; MecklenbZ. 38, 163).
46) WarnR. 1925 S. 74.
47) HansGZ. 1904 S. 19 und 225. (RG 58, 66.)
48) HansGZ 1903 S. 71; Recht 1910 S. 2780.
49) RG 88, 377; Holdheim 1916, 202; HansGZ. 1904, 225; SeuffA. 70, 259; BadRpr. 03, 11.

waren, mögen diese ihr nun besonders wichtig erscheinen [50]) oder mag sie die bei Nichtregelung dieser Punkte anzuwendende Gesetzesbestimmung ausschließen oder mag sie auch nur den Inhalt des Vertrages durch Ergänzung vollständig festlegen oder mag sie schließlich nur klarstellen wollen, wie sie die mündlichen Verabredungen aufgefaßt hat. Der Zweck dieses Bestätigungsschreibens ist, den Vertrag mit den näheren Einzelbestimmungen vollständig und endgültig in authentischer Weise und in beweiskräftiger Form festzulegen, so, wie er nach Ansicht des Bestätigenden abgeschlossen ist [51]). Es kann gleichzeitig beabsichtigt sein, Mißverständnisse und Unklarheiten zu beseitigen, wie sie bei telephonischen oder telegraphischen Abschlüssen häufig unterlaufen [52]). Der Bestätigende will dann nicht, wie bei den vorher behandelten Bestätigungsschreiben, nur bekunden, was vereinbart ist, sondern er will nach Vertragsschluß Vorschläge über die Regelung von Nebenbestimmungen machen.

Die gleiche Wirkung hat ein Bestätigungsschreiben, wenn durch seinen Inhalt der abgeschlossene Vertrag abgeändert werden soll [53]). Dieser Fall kann z. B. dann eintreten, wenn dem Absender eine Vereinbarung widersinnig erscheint und er diese durch eine zweckmäßigere ersetzen will.

Mit diesen im Bestätigungsschreiben enthaltenen Vervollständigungen oder Abänderungen des ursprünglichen Vertrages will der Absender dem Empfänger nicht etwa neue Bedingungen aufdrängen. Es entspricht vielmehr der Handelssitte, daß die Parteien die endgültige Festlegung des Vertragsinhalts durch erweiternde oder abändernde Bestätigungsschreiben schon bei Vertragsschluß ins Auge fassen, zumindest aber für zulässig erachten.

Diese ihrem Zweck und Wesen nach geschilderten Bestätigungsschreiben enthalten den rechtsgeschäftlichen Vorschlag an den anderen Vertragsteil, sich mit ihrem Inhalt einverstanden zu erklären [54]). Aus der Zweckbestimmung solcher Bestätigungsschreiben, den Vertragsinhalt endgültig und erschöpfend festzulegen, ergibt sich die Möglichkeit und Verbindlichkeit einer solchen zweiten Offerte nach schon erfolgtem Vertragsschluß. Mag der Vertrag auch schon geschlossen sein, sein Inhalt soll jedenfalls erst durch das Bestätigungsschreiben seine endgültige, unwiderlegbare Fassung erhalten. Der ursprüngliche Vertrag

50) HansGZ. 1905, 180; 1908, 128.
51) RG 54, 176 ff; JW 1924 S. 405; LZ 1908, 472 u. a. m.
52) JW 1924, S. 405; RG 105, 205; 101, 74.
53) RG 97, 133; Holdheim 1905. 83 (Recht 1905. 1066; 1904. 2391); LZ 1913. 462; ROLG 42, 228 (HansGZ. 22, 57); OLG 16, 129 ß (HansGZ 1908, 128); WürttJ. 29. 189; Recht 1918. 473; Warneyer Komm. II zu § 151.
54) Titze in JW 1925. S. 779 zu 33.

bleibt bestehen, nur kann gegenüber dem Inhalt des im Bestätigungsschreiben enthaltenen Vertragsantrags, soweit er angenommen worden ist, nicht auf ihn zurückgegriffen werden.

Der Empfänger kann sich einem solchen Bestätigungsschreiben gegenüber in verschiedener Weise verhalten. Er kann es ausdrücklich annehmen und dadurch zu erkennen geben, daß er nach Prüfung des Inhalts zu dem Ergebnis gekommen sei, daß die beiderseitigen Auffassungen über den Vertragsinhalt übereinstimmen. Er kann die Offerte ausdrücklich ablehnen, um dadurch zum Ausdruck zu bringen, daß er mit dem Bestätigungsschreiben nicht übereinstimme, mag er nun an dem ursprünglich Vereinbarten festhalten oder für nicht geregelte Punkte die gesetzliche Regelung zur Anwendung bringen wollen. Es hat dann bei dem ursprünglichen Vertragsschluß sein Bewenden. Bei Streit über dessen Inhalt ist die endgültige Feststellung der Beweiserhebung vorbehalten.

Annahme und Ablehnung können auch durch konkludente Handlungen erfolgen, z. B. durch widerspruchslose Einlassung in den Vertragsvollzug[55]), bzw. durch Rücksendung des Bestätigungsschreibens[56]) oder durch Bitte um nochmalige Rücksprache über den Inhalt des Bestätigungsschreibens[57]).

Rechtliche Besonderheiten bietet nur die Behandlung des Schweigens des Empfängers auf ein solches Bestätigungsschreiben. Ist diesem Stillschweigen die Deutung zu geben, daß er zustimmt oder daß er wenigstens als zustimmend angesehen wird, da er hätte widersprechen müssen, oder kann er, sich ohne weiteres auf den vorangegangenen Vertragsschluß berufend, diesen als allein maßgebend betrachten, sodaß sein Schweigen Ablehnung bedeutet? Diese wichtigste sich bei der rechtlichen Behandlung von Bestätigungsschreiben ergebende Frage soll im folgenden erörtert werden.

Weder im Bürgerlichen Gesetzbuch noch im Handelsgesetzbuch ist die Frage, ob ein Vertrag durch Stillschweigen auf ein Vertragsanerbieten zustandekommen kann, ausdrücklich entschieden. Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt zwar in § 151, daß eine Erklärung der Annahme dem Antragenden gegenüber nicht zu erfolgen braucht, wenn eine solche nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat.

Diese Annahme nach § 151 BGB ist aber von der stillschweigenden Annahme streng zu scheiden. § 151 BGB setzt immer ein Tun voraus, das den Annahmewillen irgendwie be-

55) Holdheim 1916. 202.

56) HansGZ. 1905, 180; SeuffA. 62, 346; Düringer - Hachenburg Anm. 13 zu § 346.

57) Gruch. 52, 1100 (Holdheim 1907. 142; SeuffBl. 1907. 648).

kundet, eine unzweideutige Betätigung des Annahmewillens [58]), während die stillschweigende Annahme auch dann Annahme bedeuten müßte, wenn eine solche weder gewollt noch erfolgt [59]) ist.

Der Gesetzgeber hat jedoch durch die Nichtregelung nicht etwa zum Ausdruck bringen wollen, daß ein Vertrag durch Stillschweigen schlechthin nicht geschlossen werden könne und daß es von der Regel, daß im Rechtsverkehr erklärt werden müsse, was gewollt ist, keine Ausnahme gebe.

In den Protokollen der II. Kommission für das BGB [60]) wird erklärt, daß der Entwurf eine Entscheidung darüber, was als stillschweigende Willenserklärung zu gelten habe, nicht habe treffen sollen. Die Entscheidung, wann im Einzelfalle eine stillschweigende Willenserklärung anzunehmen sei, sollte dem Richter überlassen bleiben. Damit ist jedenfalls auch, wie das Reichsgericht in vielen Entscheidungen ausgeführt hat [61]), zum Ausdruck gebracht, daß an dem vor Einführung des BGB und des HGB neuer Fassung bestehenden Rechtszustande nichts geändert werden sollte. Das ROHG hat nun aber auf Grund des Art. 279 HGB a. F. in zahlreichen Entscheidungen zum Ausdruck gebracht, daß das Schweigen des einen Kontrahenten auf eine Willenserklärung des Gegenkontrahenten als Zustimmung zu gelten habe, wenn dieses Verhalten geeignet war, die ferneren Schritte des anderen Teils zu bestimmen und wenn der andere Teil Antwort erwarten mußte, wenn also die gegenteilige Rechtsentscheidung eine Verletzung der den Handelsverkehr insbesondere beherrschenden bona fides enthalten würde [62]).

Diese Rechtsauffassung kommt unbedenklich auch im neuen Rechte zur Anwendung [63]). § 346 HGB n. F., mit welchem

---

58) Staudinger Anm. 3, 2 zu § 151; Achilles-Greiff Anm. 1 zu § 151.

59) vgl. Becker in R. u. H. 27, 61 ff.; Staub Anm. 70 zu § 361; Jacobsohn S. 353; Siller S. 292.

60) Prot. II S. 8365 (Mugdan Bd. I S. 679).

61) vgl. hierzu besonders RG 54, 176 ff. (JW 1903, 183); HansGZ 1904 S. 225 (RG 58, 66); JW 1903, S. 102; Holdheim 1908. S. 291 (LZ 1908, 383).

62) ROHG XXIV, 195; XXII, 144; XIX, 3; XV, 94; XIV, 11, 371, 426; XII, 1, 98; XI, 432; IV, 205; III, 112; II, 87; I, 81.

63) RG 114, 282; 106, 414; 105, 205 u. 389; 104, 201; 103, 401; 95, 48 (Holdheim 19, 107; JW 19, 443 Nr. 2, Recht 19, Nr. 888; Soergel 19, S. 31 Nr. 81); 88, 377; 58, 66 (HansGZ. 1904. 225); 57, 408; 54, 176 (JW 1903, 183); 30, 59.

JW 26, 2434 Nr. 7; 24, 405 Nr. 3; 1922, 1675 Nr. 3; 21, 1465 Nr. 8 (Plum ebd.); Plum in JW 19, 443 zu Nr. 2; 18, 769 Nr. 6 (Oertmann ebd.); 1916, 1186 u. 1187; 1903, 102.

WarnR. 1927, 70; 1922, 43, 112, 113; 1921, 166; 1920, 5, 49, 124; 19, 10 (JW 19, 109 Nr. 13 und Recht 19, Nr. 478 u. 479); 1918, 262.

Holdheim. 16, 202; 11, 190; 1908, 291 (LZ 1908, 383); 1904, 28.

Gruch. 62, 372 (Holdheim, 18, 95); 55, 888 (Holdheim 11, 121; JW 1911, 224 Nr. 37; LZ 11, 925); 53, 705 (LZ 09, 140).

Art. 279 HGB a. F. hinsichtlich der Beziehungen von Kaufleuten untereinander übereinstimmt, bestimmt, daß unter Kaufleuten in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist. Schweigen gilt aber als Unterlassung. Einen allgemeinen Rechtssatz: „Qui tacet, consentire videtur" gibt es im geltenden Recht nicht. Auch ein allgemeiner Handelsbrauch dieses Inhalts ist nicht vorhanden [64]). Nur mit dem Zusatz „ubi loqui debuit ac potuit" kann diesem Satze Eingang verschafft werden [65]). Grundsätzlich ist also Schweigen Ablehnung. Dem Schweigen kommt die Bedeutung als Zustimmung nur dann zu, wenn im Einzelfalle nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und insbesondere im Hinblick auf die Gebräuche und Gewohnheiten im Handelsverkehr eine Pflicht zum Reden bestand und hiernach derjenige, auf dessen Erklärung der andere schweigt, dies dem anderen erkennbar als Zustimmung auffassen darf und auffaßt [66]). Gibt es somit keine generelle Entscheidung, so kann es nur auf die Umstände des einzelnen Falles ankommen, ob eine

---

DJZ. 1923, 165 (Stern); 1910, 881 (LZ 1910, 854; Gruch. 54, 894; JW 1910, 649); 1906, 264.

LZ. 1923, 344; 1922, 368; 1919, 535, 798 (WarnR. 19, 72; Recht 19 Nr. 1643); 1917, 794; 1913, 452; 1909, 140; 1908, 472.

HansGZ. 1920, 172 (HansRZ. 1920, 556; Recht 21, Nr. 1440); 1916, 30 und 270; 1912, 95; 1908, 68, 128 (ROLG 19, 129); 1905, 180; 1904, 19, 282; 1903, 71 (ROLG 8, 28; Recht 1904, 284); 98, 96.

SeuffA. 78, 72; 76, 7 (ROLG 41, 213; MecklenbZ. 38, 163; Soergel 21, 25); 76, 316; 74, 193; 73, 2, 318 (Recht 1919 Nr. 717); 70, 259; 62, 345.

ROLG. 42, 228 (HansGZ. 1922, 57); 41, 214, 216; 40, 263; 33, 23; 32, 153, 352; 28, 368, 369; 24, 175, 177; 19, 392, 444 ( ).

Bolze. 1, 154.

MecklenbZ. 35, 48.

SchleswHolstAnz. 18, 60; 16, 93.

SächsArch. 1920, 113; 1916, 13; 1913, 251; 1906, 232, 275.

BadRpr. 18, 110, 134; 1903, 11; 1901, 192 (KGBl. 1901, 52); 1901, 305.

HansRZ. 1919, 353.

ElsLothrZ. 16. 277.

PosMSchr. 1910, 66; 1907, 49; 1904, 34 (Recht 1904 Nr. 1130).

WürttJhb. 29, 189.

Recht. 1924 Nr. 1326, 1327; 1922, 449 (Soergel 1922, 229 Nr. 7); 1914, 2009; 1910, 2780; 1906, 285 (ROLG 12, 14); 1906, 841; 1904, 1462.

Soergel. 1922, 40 Nr. 54.

Staub. Anm. 38 ff. zu § 372; Düringer-Hachenburg Anm. 13 zu § 346; Makower § 346, III; Ritter § 346 c; Danz S. 230; Brodmann IV. 2 S. 104; RGRKomm. Anm. 2 zu § 147; Staudinger Anm. 1 zu § 146; Dernburg S. 403 ff.

64) ROLG 41, 214; Danz S. 86.

65) Makower II S. 984; Ritter § 346, c.

66) Becker a. a. O.

Erklärungspflicht des Empfängers zu bejahen ist und Schweigen ihm zum Nachteil gereichen muß. So wird denn auch, je nach Lage des Falles, die Entscheidung verschieden ausfallen.

Das Bestätigungsschreiben, das den Vertragsinhalt ergänzen oder abändern will, gibt dem Empfänger deutlich zu erkennen, daß es die sämtlichen Bedingungen des Vertrages in der Weise zusammenfassen will, daß die Urkunde selbst die Vertragsrechte und Vertragspflichten der beiden Kontrahenten ergibt. Da die Parteien bei Absendung des Bestätigungsschreibens schon in schuldrechtlichen Beziehungen zueinander gestanden haben, kann der im Bestätigungsschreiben enthalteneVertragsantrag nicht als Antrag schlechthin angesehen werden, der durch Schweigen abgelehnt sein würde. In den meisten Fällen wird sich vielmehr — dem Zwecke eines solchen Bestätigungsschreibens entsprechend — ergeben, daß der in ihm enthaltene Antrag in so engem Zusammenhang mit den ursprünglichen Vertragsberedungen steht, daß er nicht als völlig davon losgelöster, neuen Entschließungen entsprungener, den andern Teil zur Aufgabe wichtiger Rechte einladender neuer Antrag schlechthin anzusehen ist. Bestätigungsschreiben werden ja zumeist dann übersandt, wenn der ihnen zugrunde liegende Vertrag noch nicht eine ganz vollständige, starre, in jeder Richtung fertige und unabänderliche Gestalt besitzt. Die Parteien sind gewöhnlich auch nicht darüber einig gewesen, daß für die nicht geregelten Punkte die gesetzliche Regelung Platz greifen solle.

Auf völlig neue Anträge, die ihn zur Abänderung eines bestehenden Vertragsverhältnisses mit völlig festgelegtem Inhalt bestimmen wollen, darf der Antragsempfänger im Bewußtsein seines kontraktlichen Rechts eine Antwort unterlassen, da sie ein unberechtigtes Ansinnen an ihn stellen [67]).

Anders muß er sich jedoch einem solchen Bestätigungsschreiben gegenüber verhalten. Er muß dieses, da sein Zweck unverkennbar und in der kaufmännischen Welt auch allgemein bekannt ist, nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrs- und Handelssitte einer genauen Prüfung unterziehen, um sich schlüssig zu werden, ob sein Vertragswille sich mit dem ihm in dem Bestätigungsschreiben kundgegebenen des anderen Teils in allen Punkten decke. Dazu ist er um so mehr verpflichtet, als er als ordentlicher Kaufmann weiß oder wissen muß, daß der Absender die Erfüllung seiner Vertragspflichten gemäß dem Inhalte seines Schreibens einrichtet und dazu Vorbereitungen trifft. Der berechtigten Erwartung des Absenders entsprechend muß er sein Verhalten einrichten. Wenn er also an dem Inhalt des Bestätigungsschreibens Ausstellungen zu machen hat, muß er

67) RG 95, 92; SeuffA. 70, 259; 57, 450; SächsA. 16, 13.

widersprechen und zwar, wie noch auszuführen sein wird, alsbald widersprechen. Ein Schweigen bedeutet für diesen Fall eine Verletzung der ihm obliegenden Redepflicht.

Man könnte so weit gehen, eine Schadensersatzpflicht des eine Mitteilung unterlassenden Empfängers im Falle seiner Nichtübereinstimmung gemäß § 826 BGB anzunehmen, wenn die sämtlichen Voraussetzungen für die Anwendung dieser Gesetzesbestimmung gegeben sind. Eine vorsätzliche Handlung wird aber gewöhnlich überhaupt nicht vorliegen. Aber selbst wenn Arglist vorliegt, wird sie fast ausnahmslos nicht bewiesen werden können. Fahrlässiges Tun der Gegenpartei gibt aber keinen Anspruch aus § 826 BGB. So würde der Absender — im Ergebnis — den Schaden, der ihm durch eine Nichtbeantwortung seines Bestätigungsschreibens erwachsen ist (z. B. unnötige Aufwendungen), selbst zu tragen haben.

Dieses Ergebnis widerspricht den Grundsätzen von Treu und Glauben. Die Anschauungen der kaufmännischen Welt verlangen, daß der die Redepflicht Verletzende den aus seinem Schweigen möglicherweise entstehenden Schaden zu tragen habe, und zwar in der Weise, daß er sich als zustimmend behandeln lassen muß, selbst wenn er nicht zustimmen wollte. Dem Stillschweigen braucht also kein rechtsgeschäftlicher Wille zugrunde zu liegen [68]). Die Verletzung der Redepflicht kann nur ihm zum Nachteil gereichen.

Die fingierte Zustimmung ergibt die rechtserzeugende Kraft des Bestätigungsschreibens. Der Inhalt des Bestätigungsschreibens gilt mangels Widerspruchs in dem Umfange als genehmigt, daß für den Inhalt des Vertrages nunmehr ausschließlich sein Inhalt maßgebend wird. Gilt das Schweigen als Zustimmung, so tritt die rechtserzeugende Kraft hinsichtlich des ganzen Inhalts des Bestätigungsschreibens ein, dieser tritt nunmehr an die Stelle der ursprünglichen Vereinbarung.

Die rechtserzeugende Kraft erstreckt sich auch nicht etwa nur auf die Aenderung nebensächlicher Bestimmungen, sondern in gleicher Weise auf Hauptpunkte [69]).

Diese Umwandlung des bestehenden Schuldverhältnisses bedeutet eine Novation.

Hierbei zeigt sich der Unterschied von den oben behandelten Bestätigungsschreiben in der Bedeutung bloßer Beweismittel mit voller Deutlichkeit. Während dort der Gegenbeweis gegen die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde zu-

68) Schmidt-Rimpler in JW 1926. 2532 zu Nr. 7.

69) JW 1922. 1675; Plum in JW 21. 1465 zu Nr. 8; RG 88, 377 i. Verb. m. LZ 19, 798 (WarnR. 19, 72; Recht 19, 1643); LZ 17, 794; HansGZ. 20, 172 (HansRZ 20, 556 und Recht 21, 1440); SeuffA. 73, 318 (Recht 19 Nr. 717; Soergel 19 S. 80).

lässig ist, ist für einen solchen Gegenbeweis bei den konstitutiven Bestätigungsschreiben schlechterdings kein Raum [70]). Sie sollen ja gerade gemäß ihrer Zweckbestimmung den Inhalt des Vertrages endgültig in authentischer Form festlegen. Der Ansicht des OLG Hamburg [71]), daß ein solcher Gegenbeweis nur gegenüber Bestätigungsschreiben ausgeschlossen ist, durch die ein Vertrag erst zum Abschluß gebracht werden soll, kann somit nicht zugestimmt werden. Die Entscheidung verkennt den Zweck, den solche nach Abschluß eines Vertrages übersandten Bestätigungsschreiben haben.

Fakturen haben eine solche rechtserzeugende Kraft nicht. Dies ergibt sich schon daraus, daß sie nicht dazu bestimmt sind, den Vertragsinhalt nachträglich festzulegen und zum Zustandekommen von Vertragsvereinbarungen beizutragen. Sie ergehen nach festem Vertragsschluß — gewöhnlich wenige Zeit vor Vertragsausführung — und würden, wenn sie Abänderungen gegenüber dem vorher Vereinbarten enthalten, einen unberechtigten einseitigen Abänderungsvorschlag an den Empfänger stellen, den dieser unbeachtet lassen darf und durch Stillschweigen ablehnt. Dies wird auch in der Rechtsprechung und Literatur einmütig angenommen [72]).

Aehnlich sind die Kommissionskopien zu behandeln und auch in der Rechtsprechung behandelt worden. Sie sollen nur das mündlich Vereinbarte schriftlich niederlegen und sind daher nicht geeignet, Abänderungen mit bindender Wirkung für beide Teile einzuführen. Gewöhnlich folgen ihnen überdies noch Bestätigungsschreiben nach. Eine Redepflicht bei Nichtübereinstimmung besteht also auch hier nicht.

In gleicher Weise sind Vermerke in Katalogen und Preislisten zu beurteilen, welche ja nur Auskunft über Qualität und Preis von Waren geben sollen [73]).

Andere Bedeutung haben dagegen die Schlußnoten (Schlußscheine). Sie haben, soweit sie, wie Bestätigungsschreiben der Vertragschließenden, dazu bestimmt sind, das Vereinbarte zusammenzufassen und den Vertragsinhalt zu fixieren, dieselbe Bedeutung wie Bestätigungsschreiben. Dies wird gewöhnlich dann zutreffen, wenn der Schlußschein einseitig von einer Partei

70) RG 101, 74; 95, 117; JW 97, 88; WarnR. 19, 10 (JW 19, 109; Recht 19, 478 u. 479); WarnR. 20, 49; LZ 23, 344; BadRpr. 03, 11.
71) HansRZ. 19, 195 (Recht 19, 209; Soergel 19, 24 Nr. 5).
72) RG 57, 408; 52, 133; JW 04, 341; 98, 292; HansGZ 04, 19. 127; 03, 71 (OLG 8, 28; Recht 04, Nr. 284); 98, 96; Bolze 23, 177; 3, 204; SächsArch. 06, 275; BadRpr. 01, 11. 301; PosMSchr. 10, 66; ROHG 22, 144; Staub Anm. 34 zu § 372; Brodmann S. 103 ff.; Oertmann b. Ehrenberg S. 375 ff.; Müller-Erzbach S. 524.
73) BadRpr. 01, 301.

oder einem Makler übersandt wird[74]). In vielen Fällen handelt es sich gar nicht um einen Schlußschein im technischen Sinne, sondern um eine Bestätigung. Auf diese Schlußscheine finden deshalb die Grundsätze über Bestätigungsschreiben Anwendung[75]).

Nachdem nunmehr festgestellt ist, eine wie starke Wirkung Bestätigungsschreiben mit konstitutiver Kraft auf bereits fest abgeschlossene mündliche, telephonische oder telegraphische Verträge haben können, muß dargelegt werden, unter welchen Voraussetzungen sie eine derartig rechtsgestaltende Bedeutung erlangen können. Dabei sollen zunächst die allgemein geltenden Erfordernisse, die solche Bestätigungsschreiben zu erfüllen haben, behandelt werden.

Damit sie als Grundlage für den Vertragsvollzug dienen können, müssen sie zunächst völlige Klarheit über die in ihnen geregelten Bestimmungen geben[76]). Als zustimmend kann nur derjenige angesehen werden, der die Möglichkeit hatte, den Willen des Absenders zweifelsfrei zu erkennen. Wer sich unklar ausdrückt und etwas schriftlich niederlegt, was zu verschiedenen Deutungen Anlaß geben kann, muß sich dies entgegenhalten und muß es sich gefallen lassen, daß seine Worte im Streitfalle nach Treu und Glauben ausgelegt werden. Trifft die nach objektiven Maßstäben erfolgte Auslegung dann nicht seinen inneren Willen, so muß es ihm zum Nachteil gereichen, daß er die seinem inneren Willen entsprechende klare Ausdrucksform nicht gefunden hat. Es kann zwischen den Parteien nur das gelten, was der Empfänger des Bestätigungsschreibens notwendig aus seinem Wortlaut als vom Schreiber gewollt hat entnehmen können[77]). Eine nicht deutlich zum Ausdruck gebrachte Absicht des Schreibers darf aus seinem Antrag auch durch Auslegung nicht herausgelesen oder gar herausgedeutet werden[78]). Desgleichen dürfen die im Bestätigungsschreiben aufgeführten Bestimmungen nicht widersinnig sein. Der Empfänger darf solche widersinnigen Bedingungen unbeachtet lassen, weil er nicht erkennen kann, daß sie für den abgeschlossenen Vertrag Geltung haben sollen[79]).

Das im Bestätigungsschreiben für den Vertragsinhalt Vorgeschlagene muß auch bestimmt genug lauten[80]). Dem

74) Staub Anm. 39 zu § 372.

75) RG 105, 205; 59, 350; JW 09, 57; 98, 162; Gruch. 53, 706; LZ 09, 140; SeuffA. 78, 72; 73, 2; SchleswHolstAnz. 16, 93; HansRZ. 19, 353; Förtsch in DJZ 05, 15.

76) LZ 1927, 609; HansGZ. 04, 225 (RG 58, 66); SächsArch. 20, 113; SeuffA. 76, 7 (ROLG 41, 213 und MecklenbZ. 18, 163).

77) JW 16, 1186, 1187.

78) Hachenburg in JW 1916 S. 1187 zu Nr. 4 u. 5.

79) Gruch. 62, 372 (Holdheim 18, 95).

80) SeuffA. 76, 7 (ROLG 41, 213; MecklebZ. 38, 163).

Empfänger muß erkennbar sein, daß der Absender gerade diese Bestimmung mit dem Bestätigungsschreiben hat einführen wollen. Der Empfänger muß erkennen können, daß der Absender mit der Aufnahme einer Vertragsregelung in das Bestätigungsschreiben die Kundgabe einer bestimmten Auffassung als Ergänzungs- oder Abänderungsvorschlag bezweckt habe[81]). Zweifel und Mißverständnisse in dieser Richtung können sich besonders bei vorgedruckten Vermerken und Randbemerkungen ergeben. Diese sollen weiter unten noch im Zusammenhange gewürdigt werden. Besonders bei Abänderungsvorschlägen muß diese Voraussetzung der Bestimmtheit erfüllt sein. Neue Bedingungen müssen erkennbar und entsprechend ihrer wirtschaftlichen Bedeutung als solche hervorgehoben sein; sie müssen in ganz bestimmter Form zum Ausdruck gebracht werden, wenn sie Geltung erlangen sollen; sie dürfen nicht unmerklich eine für den Empfänger nachteilige Bestimmung einführen[82]).

Dem Empfänger kann eine Prüfungs- und Redepflicht ferner nur dann zugemutet werden, wenn ihm der Wille des Absenders erkennbar war, den Inhalt des vorangegangenen Vertrages endgültig gemäß dem Bestätigungsschreiben festzulegen, sodaß dieses rechtserzeugende Kraft haben sollte[83]). Es kommt nicht darauf an, ob er diesen Willen nun auch wirklich erkannt hat, es genügt vielmehr, daß ein ordentlicher Kaufmann ihn erkannt und ein wirkliches Bestätigungsschreiben mit bestimmtem Inhalt für vorliegend erachtet hätte[84]). Dabei ist im einzelnen Falle nicht bloß der wörtliche Inhalt des Bestätigungsschreibens zu berücksichtigen, sondern die ganze Sachlage ist einer Prüfung in dieser Richtung zu unterziehen[85]). So wird beispielsweise der Empfänger den Zweck des Bestätigungsschreibens erkennen müssen, wenn der Vertrag durch einen Agenten zustandegekommen ist[86]).

Verfolgt das Bestätigungsschreiben auch grundsätzlich den Zweck, das Vereinbarte zusammenfassend vollständig festzulegen und gilt dementsprechend die Regel, daß eine nicht in das Bestätigungsschreiben aufgenommene mündliche Vereinbarung als fallen gelassen zu gelten habe, so gibt es doch Ausnahmen davon. Voraussetzung für diesen Satz muß immer sein, daß das Bestätigungsschreiben auch im Einzelfalle den Vertragsinhalt hat erschöpfend regeln wollen[87]). Die Fassung des Bestäti-

81) SeuffA. 70, 250; LZ 13, 462.
82) WürttJ. 29, 189.
83) SeuffA. 76, 7; 70, 259; Gruch. 53, 706; Holdheim 1908, 291; (LZ 08, 383); ROLG 28, 368.
84) ROLG 32, 153; WarnR. 22, 112 (Recht 23, 915).
85) Holdheim 1908 S. 291 (LZ 08, 383).
86) PosMSchr. 07, 49.
87) ElsLothrZ. 15, 242.

gungsschreibens kann aber ergeben, daß vollständige Festlegung nicht beabsichtigt war. Vollständigkeit ist also nicht unbedingte Voraussetzung für die Wirkung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens[88]). Dadurch ist es auch dem Bestätigenden unmöglich gemacht, durch willkürliche unberechtigte Weglassung einer wesentlichen Bestimmung in seinem Bestätigungsschreiben zu erreichen, daß die andere Partei, wenn sie schweigt, sie als aufgegeben behandeln lassen müsse. Die andere Partei kann sich in solchem Falle auf die Fortgeltung der mündlichen Abrede trotz der Nichtaufnahme in das gegnerische Bestätigungsschreiben berufen, wenn der Gegner nicht erkennbar zum Ausdruck gebracht hat, daß er die Bestimmung nicht gelten lassen wolle. Durch einfache Weglassung in seinem Bestätigungsschreiben kann der Schreibende dieses Ziel nicht immer erreichen. Es bedarf vielmehr nach Treu und Glauben eines besonderen Hinweises darauf[89]). Die Entscheidung wird für den Einzelfall recht schwierig sein und je nach den Umständen des Falles verschieden ausfallen. Als Regel muß, wie ausgeführt, gelten, daß das Bestätigungsschreiben den Vertragsinhalt erschöpfend regele[90]). Wenn eine Partei auf die Aufrechterhaltung einer Bestimmung Wert legt, darf sie sich dann nicht schweigend verhalten, sondern muß die Weglassung in dem Bestätigungsschreiben des Gegners rügen[91]). Sonst muß sie es sich gefallen lassen, daß die Abrede auch ihrerseits als aufgegeben angesehen wird. Diese Folge wird sie umsomehr gegen sich gelten lassen müssen, als sie im Einzelfalle die Möglichkeit eines Mißverständnisses des Bestätigenden, besonders bei telephonischen Abschlüssen wird in Betracht ziehen müssen[92]). Aber auch in anderen Fällen wird der Bestätigende der Ansicht sein dürfen, daß eine Bestimmung des Vertrages als fallen gelassen zu gelten habe, so z. B. wenn diese in der seinem Bestätigungsschreiben vorangehenden letzten mündlichen Beredung, die zum Vertragsschluß führte, nicht mehr vom Gegenkontrahenten erwähnt worden ist[93]). Der Schweigende muß sich dann nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr so behandeln lassen, als habe er die Auffassung des anderen Teils gebilligt.

Bei Arglist des anderen Teils kann dagegen diese Wirkung nicht eintreten, denn der Bestätigende kann dann ja selbst nicht erwartet haben, daß der Empfänger von der weggelassenen Bestimmung werde abgehen wollen. Er kann also auch nach

88) ElsLothrZ. 16, 277 (Soergel 16, 668).
89) Recht 1920 Nr. 463.
90) ROLG 42, 228 (HansGZ 22, 57 und Soergel 22, 229 Nr. 4).
91) ROLG 12, 14.
92) WarnR. 20, 5; ROLG 12, 14.
93) WarnR. 20, 49; JW 21, 234.

Treu und Glauben nicht erwarten, daß sein Vorschlag durch Schweigen angenommen werde, weil er selbst nach Treu und Glauben nicht ernstlich mit der Möglichkeit einer Annahme rechnen konnte[94]) und weil sein Bestätigungsschreiben somit garnicht seine Auffassung vom Vertragsinhalt wiedergab. Das gilt auch für den Fall, daß der Bestätigende aus den dem Bestätigungsschreiben vorausgehenden Verhandlungen unzweideutig und klar hat erkennen müssen, daß sein Gegner überhaupt nur unter einem bestimmten Vorbehalt zum Vertragsschluß bereit war[95]).

Es ist bereits ausgeführt worden, daß die Beurteilung des Schweigens im Geschäftsverkehr in vielen Fällen dazu führen wird, die widerspruchslose Hinnahme eines nach mündlichem Vertragsschluß übersandten Bestätigungsschreibens als Zustimmung zu dem im Bestätigungsschreiben niedergelegten Vertragsinhalt gelten zu lassen, auch wenn das Bestätigungsschreiben neue Bedingungen enthält. Dies gilt aber nicht als allgemeine Rechtsregel, es muß vielmehr in jedem Einzelfalle geprüft werden, ob die Grundsätze der §§ 157 BGB und 346 HGB dazu führen, dem Stillschweigen die Wirkung einer Willenserklärung beizumessen. Erfüllt ein Bestätigungsschreiben die bisher behandelten Voraussetzungen, so muß untersucht werden, ob besondere Umstände vorliegen, welche die Fiktion des Schweigens als Zustimmung rechtfertigen.

In der Rechtsprechung heißt es, daß Schweigen „unter Umständen" als Zustimmung zu gelten habe[96]). Die Rechtsprechung geht in der Annahme solcher Umstände sehr weit, und mit Recht hebt Plum hervor[97]), daß diese Stellungnahme den Anforderungen der Rechtssicherheit entspreche. Bestätigungsschreiben haben ja auch den Zweck, durch Festlegung des Vertragsinhaltes Mißverständnisse und Streitigkeiten zu vermeiden. Schon allein die Tatsache, daß die Uebersendung von Bestätigungsschreiben nach erfolgtem mündlichen, telephonischen oder telegraphischen Vertragsschluß im Handelsverkehr allgemein üblich geworden ist, weist darauf hin, daß der ordentliche Kaufmann bei ihrer Behandlung und Erledigung besondere Sorgfalt anwenden muß. Ihm ist die Bedeutung der Bestätigungsschreiben in weitestem Maße bekannt, er muß sein Verhalten daher dieser Einsicht gemäß einrichten. Die Rechtsprechung darf deshalb solche besonderen Umstände, die eine Redepflicht begründen, in weitestem

94) WarnR. 22, 112.
95) BadRpr. 03, 338.
96) RG 58, 66; 54, 176; Gruch. 53, 706; WarnR. 22, 112; SeuffA. 73, 3; LZ 11, 925 (SeuffBl. 12, 165); Holdheim 11, 148; 08, 291; DJZ 10, 881; ROLG 41, 214; 28, 373; Bolze 1, 141; SächsA. 16, 13; HansRZ 19, 353; Recht 1906, Nr. 841.
97) JW 21, 1465 Nr. 8.

Umfange annehmen, ohne den Vorwurf der Härte auf sich zu laden.

So hat das Reichsgericht in dem dem Bestätigungsschreiben vorangegangenen mündlichen Kaufabschluß über eine Ware, bezüglich deren die genaue schriftliche Bestimmung ihrer Qualität offenbar im Interesse der beiden Vertragschließenden lag, und in der Möglichkeit einer verschiedenen Auffassung über diese Beschaffenheit solche besonderen Umstände festgestellt[98]).

Zu solchen besonderen Umständen, aus denen eine Pflicht zur Beantwortung herzuleiten ist, gehört auch schon die Tatsache, daß der Vertrag, der bestätigt wird, auf telephonischem oder telegraphischem Wege zustandegekommen ist[99]). Hierbei entstehen am häufigsten Mißverständnisse, auch werden nur die wesentlichsten Punkte festgelegt, sodaß die Parteien schriftliche Bestätigung regelmäßig erwarten. Wird den Bestätigungsschreiben aber diese Bedeutung der Klärung und Festlegung des Vertragsinhaltes von den Parteien selbst zugelegt, so dürfen sie sich auch nicht untätig verhalten, wenn sie mit ihrem Inhalt nicht übereinstimmen. Sie nehmen ja selbst an, daß der Vertragsgegner nach dem Inhalte des Bestätigungsschreibens seine auf Vertragserfüllung gerichteten Dispositionen treffen werde.

Auch darin, daß der Vertrag durch mündliche Verhandlungen, besonders unter nicht persönlicher Anwesenheit einer Partei durch einen Vertreter, zustandegekommen ist[100]), wird in der Regel ein besonderer Grund liegen, der die Behandlung des Schweigens als Zustimmung rechtfertigt.

Als besonderer Umstand kommt auch das Bestehen eines früheren Vertragsverhältnisses[101]), bei dem Bestätigungsschreiben übersandt wurden, und überhaupt früherer Geschäftsverkehr in Frage[102]).

Ist nunmehr festgestellt, daß Schweigen nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche unter Umständen als Zustimmung zu gelten habe, so ist damit zugleich zum Ausdruck gebracht, daß der Bestätigende seinerseits nicht gegen Treu und Glauben verstoßen darf, wenn er eine für ihn günstige Rechtsposition einnehmen will. Ist nun schon im Rechtsverkehr Arglist im allgemeinen ver-

98) RG 54, 176 ff.
99) Holdheim 1908. 291 (LZ 1908. 393); HansRZ 19, 353; SeuffA. 73, 318.
100) HansGZ 1904. 225 (RG 58, 66); SeuffA. 62, 345; SächsA. 16, 13; Recht 06, 841; Warn. 22, 212.
101) Recht 1906. 841.
102) RG 58, 66; Dernburg S. 403 ff.

boten, so trifft das bei den Bestätigungsschreiben, die in ihrer rechtlichen Behandlung ganz auf dem Grundsatz von Treu und Glauben beruhen, in noch viel größerem Umfange zu[103]). Da die Annahme der Zustimmung auf diesen Grundsätzen beruht, so kann sie nicht Platz greifen, wenn der das Bestätigungsschreiben absendende Teil dadurch dagegen verstößt, daß er ihm einen bewußt unrichtigen Inhalt gibt[104]). Insbesondere wird das Schweigen auf das Bestätigungsschreiben nicht als Zustimmung zu gelten haben, wenn der Absender damit die Absicht verfolgt, den Empfänger zu „überrumpeln"[105]) und neue Bestimmungen auf hinterhältige Weise, etwa noch in versteckter Form, mit nachteiliger Bedeutung für den Empfänger „einzuschmuggeln"[106]).

Auf Bestätigungsschreiben mit erdichtetem und erfundenem Inhalt besteht keine Antwortpflicht[107]). Das trifft zu, wenn der Abschluß als solcher oder nur einzelne Bestimmungen erfunden sind.

Eine solche Arglist des Verfassers eines Bestätigungsschreibens deutet darauf hin, daß er garnicht bezweckt habe, seine wahre Auffassung des Vertragsinhaltes darzutun. Dieses Verhalten verkennt das Wesen der Bestätigungsschreiben, das gerade darin besteht, daß der Bestätigende sein Verständnis der voraufgegangenen Verhandlungen darlegt. Schon aus diesem Gesichtspunkt kann das Schweigen darauf nicht als Zustimmung gelten.

Nicht in jedem Falle wird jedoch der Empfänger sich auf eine Arglist des Schreibers berufen können. Arglist liegt nicht schon dann zweifelsfrei vor, wenn das Bestätigungsschreiben neue Bedingungen gegenüber dem früheren Vertragsschluß enthält, denn das Bestätigungsschreiben hat, wie schon ausgeführt ist, häufig den Zweck und die Aufgabe, den Vertragsinhalt zu ergänzen. Der Empfänger ist daher zu sorgfältiger Prüfung verpflichtet, ob der Absender etwa durch ein Mißverständnis zu der unrichtigen Wiedergabe des Vertragsinhalts gelangt sein kann. Muß ein solches Mißverständnis für möglich erachtet werden, so muß er bei Nichtübereinstimmung widersprechen, wenn er nicht als zustimmend behandelt werden will. Nur wenn nach dem Gange der Verhandlungen jedes Mißverständnis ausgeschlossen ist, ist er von der Aeußerungspflicht befreit[108]).

103) vgl. RG 54, 176; Plum in JW 21, 1465 Nr. 8; BadRpr. 18, 134.
104) LZ 23, 344.
105) RG 114, 282; RG 95, 48 (Holdheim 19, 107; JW 19, 443); JW 1926, 2434; WarnR. 22, 112.
106) SächsA. 20, 113; WürttJ. 29, 189; JW 18, 769; WarnR. 21, 166.
107) RG 95, 48; Plum in JW 1901, 1465 und in JW 19, 443; LZ 1923, 344; ROLG 28, 373.
108) ROLG 28, 373.

Entspricht das Bestätigungsschreiben sämtlichen bisher behandelten Voraussetzungen, so trifft den Empfänger die Prüfungspflicht. Diese erstreckt sich auf den ganzen Inhalt des ihm zugegangenen Schreibens. Dabei spielen dem Schreiben mittels Drucks und Stempels aufgeprägte Formular- und Randvermerke eine besondere Rolle, wie sich schon aus der sich vielfach widersprechenden Rechtsprechung ergibt.

Solche Aufdrucke sind im Handelsverkehr üblicherweise in den verwendeten Schreiben enthalten. Meistens werden sie den Versuch darstellen, günstigere Bedingungen für den schreibenden Vertragsteil einzuführen. Solchen einseitigen Versuchen gegenüber verhält sich die Rechtsprechung mit Recht möglichst ablehnend. Es ist Niemeyer[109]) völlig darin beizustimmen, daß Schweigen auf aufgedruckte Bestimmungen nur dann als Zustimmung anzusehen sei, wenn Treu und Glauben im Handelsverkehr dem Empfänger des Briefes die Pflicht auferlegen, nicht nur den Text des Briefes, sondern auch dessen Umrahmung zu beachten und rechtzeitig dagegen Widerspruch zu erheben. Das ist zutreffend bei Fakturen[110] und Kommissionskopien verneint worden. Bei Bestätigungsschreiben wird aber im einzelnen Falle immer eine besondere Prüfung am Platze sein, da mit Bestätigungsschreiben ja bekanntermaßen der Zweck der Vertragserweiterung verfolgt wird. In der Rechtsprechung wird diesem letzteren Gesichtspunkt insbesondere nicht immer genügend Rechnung getragen[111]).

Eine Zustimmung kann nur dann fingiert werden, wenn die Absicht des Schreibenden, eine Vertragsbestimmung durch die Klausel einzuführen, für den Empfänger erkennbar ist[112]). Wird auf Klauseln, die sich außerhalb des Textes (seitlich, am Kopf des Schreibens, unter der Unterschrift) befinden, im Texte ausdrücklich Bezug genommen, so kann kein Zweifel daran bestehen, daß sie durch Schweigen angenommen werden, mögen sie sich auch an sonst nicht ohne weiteres übersehbarer Stelle und in kleinem Druck auf der Schreibseite befinden[113]). Den Kaufmann trifft nach der Handelssitte die Pflicht, sämtliche Korrespondenzen, die sich auf einen Vertragsschluß beziehen, einschließlich der im Handelsverkehr üblich gewordenen Vor- und Randdrucke sorgfältig zu lesen, wie es ein redlicher Kaufmann tun muß[114]).

Aber auch Klauseln und Bedingungen in formularmäßigem Druck oder seitlichem Aufdruck, deren im

109) in LZ 16, 300 ff.
110) Statt vieler RG 57, 409; (JW 04, 341); HansGZ 98, 96.
111) Vgl. JW 21, 1465; HansGZ 12, 96.
112) JW 21, 1465.
113) WarnR. 19, 10 (JW 19, 109; Recht 19, 479); SächsA. 06, 232.
114) MecklenbZ. 35, 48.

Text des Bestätigungsschreibens keine besondere Erwähnung getan wird, stellen im allgemeinen eine Willensäußerung des Absenders dar, die der Empfänger nicht unbeachtet lassen darf[115]). Voraussetzung dafür ist, daß sie sich an leicht übersehbarer Stelle in nicht zu kleinem Drucke[116]) befinden und zu dem Inhalt des Schreibens nicht in Widerspruch treten[117]). Auch hierbei gilt der Satz, daß der Vertragswille des Bestätigenden dem Empfänger erkennbar sein muß[118]), der Empfänger seinerseits muß unter verständiger Würdigung der Ueblichkeit solcher mit dem Brieftext in loserem Zusammenhang stehender Bedingungen das Schreiben einer Prüfung in dieser Richtung unterziehen. Er darf sich nicht ohne weiteres darauf berufen, daß der Bestätigende nur ein vorhandenes Formular zur Niederschrift verwendet habe, ohne im einzelnen die sich darauf befindenden Bedingungen für den vorliegenden Vertrag einführen zu wollen. Zu diesem Ergebnis wird er allerdings dann kommen dürfen, wenn der aufgedruckte Vermerk widersinnig, mit der Natur oder der konkreten Ausgestaltung des Geschäfts unvereinbar[119]) oder für den vorliegenden Fall nicht berechnet erscheinen muß[120]), desgleichen, wenn auch nur ein Teil der seitlich gedruckten Geschäftsbedingungen mit positiven Regelungen im Texte des Bestätigungsschreibens im Widerspruch steht, ohne daß er in dem seitlichen Vermerk durchstrichen ist[121]). Eine Antwort braucht auch dann nicht zu erfolgen, wenn das vorangegangene Telephongespräch, das zu dem Vertragsschluß geführt hat, in unzweideutiger Weise die Absicht erkennen ließ, sämtliche Punkte des Vertrages telephonisch zu regeln[122]). Dann enthält die Aufnahme der Klausel in das Bestätigungsschreiben nur einen Antrag zur Abänderung eines schon bestehenden endgültig festgelegten Vertrages, der durch Stillschweigen abgelehnt wird. Das Verbot der Arglist greift auch hier ein, und zwar in der Weise, daß der Bestätigende nicht hinterhältig in versteckter Weise ihm günstige Bestimmungen nachträglich einschmuggeln darf[123]). Diesem Grundsatz entspricht es auch, daß besonders wichtige Bestimmungen nicht in solche Formularvermerke gekleidet werden dürfen, sondern daß diese

115) JW 1916. 1187; HansGZ 08, 68; SächsArch. 05, 232; BadRpr. 01, 11; PosMSchr. 10, 66.

116) LZ 08, 630; HansGZ 08, 68; 16, 30, 270; ROLG 33, 23; 19, 393; MecklenbZ. 35, 48; SächsA. 20, 113; 16, 13; BadRpr. 01, 192; 18, 134.

117) SeuffA. 70, 259.

118) JW 21, 1465; SeuffA. 70, 259; SächsA. 06, 232.

119) MecklenbZ. 35, 48.

120) Gruch. 62, 372 (Holdheim 18, 95); ElsLothrZ. 18, 101.

121) SeuffA. 70, 259.

122) SeuffA. 70, 259.

123) WürttJ. 29, 189; SächsA. 20, 113; HansGZ 16, 270.

besonders hervorgehoben sein müssen[124]), wenn sie durch Schweigen Geltung erlangen sollen. Im Einzelfalle wird die Tatsache, daß die Parteien schon in längerer Geschäftsverbindung standen[125]) und innerhalb dieser die vom Bestätigenden eingeführten Formularvermerke üblich waren[126]), die Entscheidung erleichtern, ob ihnen ein Vertragswille zugrunde lag. Wenn insbesondere dem Empfänger des Bestätigungsschreibens bekannt war, daß der Bestätigende nur zu den üblichen Bedingungen Verträge abschließe, wird er sich diese Kenntnis in jedem Falle entgegenhalten lassen müssen. Dies wird auch dann Anwendung finden müssen, wenn die Aufdrucke — gewöhnlich handelt es sich dabei um Bestimmungen über den Erfüllungsort — im Bestätigungsschreiben zwar in unauffälliger kleiner Schrift an leicht übersehbarer Stelle standen, wenn sie aber in den früheren, dem Vertragsschluß voraufgegangenen Briefen mit hinreichender Deutlichkeit zur Kenntnis gebracht waren[127]).

Häufig schließt eine Partei zu den bei ihr üblichen Geschäfts- und Lieferungsbedingungen ab. Wenn sie diese bei früheren Abschlüssen oder durch öffentliche Bekanntmachung als Vertragsgrundlage für sämtliche von ihr abzuschließenden Geschäfte bezeichnet hat, wird sich keine Schwierigkeit ergeben. Solche allgemeinen Geschäftsbedingungen sind besonders im Bankverkehr und in der Transport- und Versicherungsbranche handelsüblich geworden. Der Zweck der Mitteilung solcher Bedingungen besteht darin, daß eine besondere Vereinbarung über den Inhalt der abzuschließenden Verträge für den einzelnen Fall vermieden und überflüssig gemacht wird[128]). Sonst wird im kaufmännischen Verkehr im Einzelfalle auf solche Bedingungen Bezug genommen, es sei denn, daß sie sich schon als selbstverständlich infolge längerer Geschäftsbeziehungen der Parteien ergeben.

Wenn einem Bestätigungsschreiben nun derartige Geschäfts- oder Lieferungsbedingungen beiliegen oder wenn sie sich auf dessen **Rückseite** befinden, und wenn im Bestätigungsschreiben auf sie ausdrücklich Bezug genommen ist, dann kann ihre Anwendung für den Einzelfall bei Schweigen des Empfängers nicht zweifelhaft sein. Solche Bedingungen können sogar dann Eingang finden, wenn sie sich auf einer Faktura befinden, diese Faktura dem Bestätigungsschreiben beigeschlossen und auf die Bedingungen in ihm Bezug genommen ist, weil für den Empfänger dann erkennbar ist, daß Bestätigungsschreiben und Faktura

124) WürttJ. 29, 189; ROLG 19; 393.
125) SächsArch. 1906, 275.
126) SächsArch. 1906, 232; SeuffA. 70, 259.
127) LZ 08, 630.
128) RG 58, 155; 13, 77; Recht 1927 Nr. 1208; Becker a. a. O.

zusammen den gesamten Inhalt des Vertrages wiedergeben sollen[129]). Werden die zwar in einem besonderen Druckexemplar beiliegenden oder auf der Rückseite des Bestätigungsschreibens befindlichen Geschäftsbedingungen aber in dem Bestätigungsschreiben selbst nicht in Bezug genommen, so ist für den Empfänger nicht ohne weiteres ersichtlich, daß der Uebersender nur zu den beiliegenden Bedingungen habe abschließen wollen. Dieses Verhalten läßt eine mehrfache Deutung zu. Der Empfänger kann annehmen, daß der Absender von diesen beiliegenden Bedingungen gerade durch die Nichterwähnung im Bestätigungsschreiben habe abgehen wollen, er kann auch annehmen, daß sie nur versehentlich beigefügt oder nicht durchstrichen worden sind. Der Beklagte hätte seinen Willen ausdrücklich dartun müssen. Das Schweigen kann dem Empfänger in solchen Fällen nicht zum Nachteil gereichen, da die Erkennbarkeit der Offerte Voraussetzung für die Fiktion einer Annahme durch Stillschweigen ist[130]).

Anders ist der Fall zu beurteilen, daß im Bestätigungsschreiben auf die „beiliegenden Geschäftsbedingungen" Bezug genommen wird, diese aber nicht beilagen. Hier muß sich der Empfänger sagen, daß der Absender auf sie Gewicht gelegt habe und daß er sich in dem Glauben befinde, die Bedingungen seien dem Empfänger des Bestätigungsschreibens auch zugegangen. Der Empfänger weiß dann auch, daß der Absender sein Schweigen als Zustimmung behandele. Er kann dann nicht den Standpunkt einnehmen, der Absender habe durch die Nichtbeifügung zum Ausdruck bringen wollen, daß die gesetzlichen Bestimmungen Anwendung finden sollen. Diese Auffassung würde mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens in Widerspruch stehen. Ihn trifft daher nach Treu und Glauben und den im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen die Pflicht, dem Absender kundzutun, daß die Bedingungen nicht beilagen und daß er dieselben auch nicht kenne, eine etwaige Voraussetzung der Kenntnis daher auf einem Irrtum beruhe[131]). Tut er dies nicht, so muß er es sich gefallen lassen, als zustimmend angesehen zu werden, ohne Rücksicht darauf, ob die Bedingungen ihm bekannt waren. Aus seinem Verhalten ist der Schluß zu ziehen, daß er die Bedingungen ungesehen zum Vertragsinhalt werden lassen wollte[132]). Der in der Rechtsprechung ge-

---

129) RG 57, 408 (JW 1904. 341).

130) RG v. 5. II. 1924 (Aktenzeichen: III. 189. 23); JW 1925 S. 779 Nr. 3 (DRZ. 24, 197) Titze ebenda.

131) Gruch. 66, 457; ROLG 24, 177.

132) JW 1922. 1675; Plum ebd.; SeuffA. 76, 316; ROLG 41, 216 (Soergel 22, 230 Nr. 8); ROLG 40, 263; Recht 22, Nr. 449.

legentlich vertretenen gegenteiligen Ansicht[133]) kann nicht beigetreten werden. Diese Redepflicht des Empfängers in solchen Fällen entspricht durchaus der ihm obliegenden Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmanns, sie stellt keine unberechtigte Zumutung an ihn dar. Nur dann kann Schweigen nicht als Zustimmung gelten, wenn der Absender die Bedingungen absichtlich nicht beigelegt hatte, um die Unkenntnis des Empfängers arglistig auszubeuten[134]). Gleiches hat zu gelten, wenn durch nicht beiliegende Bedingungen ganz ungewöhnliche Bestimmungen eingeführt werden sollen[135]). Der Empfänger braucht seinem Schweigen nur die Bedeutung beilegen zu lassen, daß er untergeordnete, allgemein übliche Bestimmungen durch Schweigen gebilligt habe. Sein Stillschweigen darf auch dann nicht als Zustimmung aufgefaßt werden, wenn ihm zugemutet wird, sich ganz weitläufigen Satzungen zu unterwerfen, die der Absender nicht ohne weiteres als dem Empfänger des Bestätigungsschreiben bekannt und ohne Schwierigkeiten zugänglich ansehen durfte[136]). Sind solche weitgehenderen allgemeinen Bedingungen dem Empfänger bekannt und darf der Uebersender auch annehmen, daß der Empfänger, der etwa derselben Branche angehört, die Bedeutung und Ueblichkeit derartiger Satzungen erkannte oder bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns hätte erkennen müssen, so kann dem Empfänger nicht gestattet sein, die Bedingungen unwidersprochen zu lassen[137]), falls er mit ihnen nicht übereinstimmt.

Eine jeden Einzelfall regelnde Beantwortung der Frage, binnen welcher Frist der Widerspruch gegen ein Bestätigungsschreiben bei Nichteinverständnis mit seinem Inhalt zu erfolgen hat, kann nicht gegeben werden. Da die rechtliche Behandlung der Bestätigungsschreiben einzig und allein auf den beweglichen Grundsätzen von Treu und Glauben beruht, wird auch hinsichtlich dieser Frage die Entscheidung je nach Lage des einzelnen Falles nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und Handelsgebräuche gefällt werden müssen. Grundsätzlich kann der Absender eine **umgehende, alsbaldige**[138]) **Antwort** erwarten. Gewöhnlich wird also eine Frist von 1- 2 Tagen angemessen sein[139]). Wenn der Empfänger des Bestätigungsschreiben aber erkennen muß, daß der Gegner sofort mit

134) ROLG 40, 263; 24, 177.
135) ROLG 40, 263; 24, 177; WürttJ. 29, 189.
136) ElsLothrZ. 18, 101.
137) ROLG 19, 393.
138) RG 114, 282; 105, 389; 103, 401; 54, 176; Walsmann in JW 1926, 2434 und Entscheid. ebd.; JW 1918, 769; 1903, 102; WarnR. 21, 166; 20, 5; Holdheim 11, 148; 08, 291 (LZ 08, 383); DJZ 10, 881 (LZ 10, 854; Gruch. 54, 894; JW 10, 649); LZ 20, 176; SeuffA. 73, 2.
139) RG 105, 389; JW 26, 2434.

der Vertragserfüllung[140]) oder Maßnahmen zur Vorbereitung einer solchen[141]) beginnen werde und daß sein Widerspruch bei Anwendung dieser Frist zu spät in dessen Hände gelangen würde, so ist er gehalten, ohne jedes Zögern, unter Umständen durch Drahtnachricht[142]), zu antworten. Eine so kurzfristige Beantwortung wird auch dann geboten sein, wenn es sich um einen Kaufvertrag über Waren handelt, die Preisschwankungen an der Börse unterliegen[143]). Dem Empfänger kann es dann nicht erlaubt sein, zunächst abzuwarten und auf Kosten des Absenders zu spekulieren, während dieser nicht in der Lage ist, die Konjunktur auszunutzen.

Wird der Widerspruch nicht rechtzeitig mitgeteilt, so gilt das Bestätigungsschreiben mit dem Zeitpunkt **als angenommen**, in welchem der Absender unter regelmäßigen Umständen den Eingang einer ablehnenden Antwort erwarten darf (vgl. § 147, II, BGB)[144]). Das Bestätigungsschreiben tritt damit an die Stelle der ursprünglichen Abmachungen und gilt mit diesem Zeitpunkt auch gegen den Bestätigenden. Ein verspäteter Widerspruch vermag daran nichts mehr zu ändern[145]), ebenso wie ein Bestätigungsschreiben, das erst nach Vertragserfüllung zugeht, Wirkungen auf den Vertragsinhalt nicht mehr haben kann[146]), was hier nur beiläufig bemerkt werden soll.

Häufig wird bei Geltendmachung des in dem Bestätigungsschreiben enthaltenen Vertragsinhalts von dem Empfänger entgegengehalten, er habe das Schreiben nicht gelesen. Dieses Verhalten widerspricht so sehr den im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen, daß der Empfänger sich nicht mit Erfolg darauf berufen kann, um sich den durch sein Schweigen verursachten Rechtsnachteilen zu entziehen[147]). Es ist Pflicht eines ordentlichen Kaufmanns, die ihm innerhalb des Geschäftsverkehrs zugehenden Briefe zu lesen und ihren Inhalt zu prüfen[148]). Der Absender eines Briefes muß im Handelsverkehr darauf vertrauen können, daß seine Mitteilungen gelesen werden, und zwar sorgfältig gelesen werden[149]). Der Empfänger kann

140) Holdheim 1908, 291 (LZ 08, 383); LZ 20, 176.
141) RG 105, 389; JW 1903, 102.
142) LZ 20, 176.
143) DJZ 10, 881.
144) Gruch. 55, 888 (Holdheim 1911. 121; JW 11, 224; LZ 11, 295); DJZ 06, 264.
145) JW 26, 2434.
146) SchleswHolstAnz. 18, 60.
147) RG 54, 176; Gruch. 55, 888; Gruch. 53, 706 (LZ 09, 140); Recht 1927 Nr. 1172; DJZ 06, 264; LZ 08, 472; SeuffA. 73, 318; 62, 345; SächsArch. 06, 275; PosMSchr. 07, 49; Düringer-Hachenburg Anm. 13 zu § 346; Staub a. a. O.
148) Plum in JW 1921. 1465; MecklenbZ. 35, 48.
149) DJZ 06, 224.

sich weder darauf berufen, daß er überhaupt nicht gelesen habe, noch darauf, daß er so flüchtig gelesen habe[150]), daß ihm einzelne Bestimmungen ihres Inhalts nicht zum Bewußtsein gelangt seien. Sache des Empfängers ist es nur, zu veranlassen, daß das Schreiben dem andern Teil zugeht[151]), wie er denn auch nur dafür die Beweislast im Prozeß hat[152]). Der Adressat eines Bestätigungsschreibens kann auch im Handelsverkehr nicht geltend machen, daß er verreist gewesen sei und die Beantwortung des Bestätigungsschreibens sich aus diesem Grunde verzögert habe. Es ist seine Pflicht, dafür zu sorgen, daß Geschäftsbriefe ihm unverzüglich nachgesandt oder von Vertretern während seiner Abwesenheit erledigt werden[152a]), mögen diese auch nur antworten, daß die Entscheidung bis zur Rückkehr des Prinzipals aufgeschoben werde.

Nur unter ganz besonderen Umständen kann die Partei, an welche das Schreiben gerichtet war, mit Erfolg einwenden, sie habe von dem Inhalt keine Kenntnis erhalten. Das trifft dann zu, wenn ihre Unkenntnis nicht auf Verschulden beruht. Konnte der Adressat, z. B., weil das Schreiben auf der Post abhanden gekommen war, von dem Bestätigungsschreiben gar keine Kenntnis nehmen, so kann auch die Fiktion der Zustimmung nicht Platz greifen.

Der Empfänger kann sich damit nicht entschuldigen, daß er die Prüfung des Bestätigungsschreibens unterlassen habe, weil er dessen Inhalt für eine genaue Wiederholung der vorangegangenen Abmachungen gehalten habe[153]). Dieser Gesichtspunkt wird nur dann durchgreifen können, wenn ihm die Uebereinstimmung des Inhalts des Bestätigungsschreibens mit den vorangegangenen Besprechungen ausdrücklich zugesichert war[154]). Sonst mußte er in der bei ihm vorauszusetzenden Kenntnis des Wesens und der Bedeutung solcher Bestätigungsschreiben den Inhalt prüfen. Der Kaufmann muß auch das Zugehen an einen befugten Vertreter gegen sich gelten lassen[155]). Bei Gesellschaften genügt das Zugehen an einen der Kollektivvertreter[156]).

---

150) Gruch. 55, 888.

151) JW 26, 2434; Gruch. 55, 838 (Holdheim 1911, 121; JW 1911. 224; LZ 1911. 295); SeuffA. 76, 315 (HansGZ. 21, 16).

152) Derselben Ansicht: RG 114, 282; JW 1926, 2434; Staub Anm. 40 zu § 372; Siller S. 298; Plum in JW 1921. 1465 zu Nr. 8. Nach diesen muß Absender das Zugehen, Empfänger den Widerspruch beweisen. a. A.: Leonhard S. 285; Walsmann in JW 26, 2434 zu Nr. 7; SeuffA. 75, 317; 62, 346; ROLG 24, 175.

152a) DJZ 1906, 204; SeuffA. 73, 2.

153) ROLG 19, 392.

154) vgl. RG 97, 101.

155) SeuffA. 76, 315 (HansGZ 21, 16).

156) Recht 1927 Nr. 1172.

Nachdem nunmehr die Grundsätze über die rechtliche Behandlung von Bestätigungsschreiben, welche nach Abschluß eines Vertrages von einer Partei der anderen im Handelsverkehr unter Kaufleuten übersandt werden, erschöpfend dargelegt sind, müssen nunmehr noch die zweiseitigen Bestätigungsschreiben behandelt werden.

Zunächst sollen die Gegenbestätigungen abgehandelt werden. Häufig sendet der Empfänger eines Bestätigungsschreibens nun seinerseits ein Bestätigungsschreiben an den anderen Teil, in welchem er die von ihm gewünschten Ergänzungen und Abänderungen des ursprünglichen Vertrages zusammenfaßt. Für ein solches Bestätigungsschreiben mit konstitutiver Kraft ist nur dann noch Raum, wenn es in unmittelbarer Beantwortung des empfangenen Bestätigungsschreibens rechtzeitig ergeht. Verstreicht nämlich zwischen Empfang des gegnerischen und Absendung des eigenen Bestätigungsschreibens eine Frist, binnen welcher etwa ein Widerspruch hätte erfolgen müssen, so ist inzwischen durch Schweigen der Inhalt des gegnerischen Schreibens zum Vertragsinhalt geworden. Die Gegenbestätigung würde dann als neuer Antrag zur Abänderung eines in allen Punkten festgelegten Vertrages anzusehen sein, der durch Schweigen abgelehnt wird[157]). Soweit in der Gegenbestätigung Punkte geregelt werden, die in dem zuerst ergangenen Bestätigungsschreiben nicht geregelt sind, greifen dann die gesetzlichen Vorschriften Platz.

Bittet die bestätigende Partei gleichzeitig um Gegenbestätigung, so kann dieses Verlangen zweierlei Bedeutung haben. Einmal kann dadurch zum Ausdruck gebracht werden, daß eine Annahme ihres Vorschlages nur durch ausdrückliche, nicht auch durch stillschweigende Willenserklärung erfolgen könne; die Gegenbestätigung ist dann Bedingung des Bestätigungsvertrages[158]). Die Bitte um Gegenbestätigung kann aber auch nur den Zweck haben, **Gewißheit** über den Empfang und einen urkundlichen Beweis zu erlangen[159]); Stillschweigen kann in diesem Falle auch Zustimmung bedeuten. Welche Bedeutung dieser Bitte zukommt, ist nur nach der konkreten Sachlage zu entscheiden[160]). Grundsätzlich wird der Empfänger einer solchen Bitte nicht zu befürchten haben, daß er die Ablehnung einer vorgeschlagenen Bedingung durch Nichthergabe der Gegenbestätigung nicht deutlich genug zum Ausdruck gebracht habe, während auch der Absender keine Veranlassung haben wird,

157) ROLG 28, 368.
158) RG 103, 95. ROLG 24, 175.
159) RG 106, 414; 104, 201; 88, 377 (Holdh. 1916, 202); Recht 1916 Nr. 1846; Schmidt-Rimpler in JW 26, 2532.
160) RG 106, 414; 104, 201; SeuffA. 73, 318.

im Schweigen des Gegners eine Genehmigung zu erblicken[161]). Unter besonderen Umständen kann aber für den Empfänger ersichtlich sein, daß die Gegenbestätigung nur „der Ordnung halber“[162]) zu Beweiszwecken verlangt werde. Dem inneren Vorbehalt des Empfängers, daß infolge der Zurückhaltung der Gegenbestätigung der Vertrag nicht völlig abgeschlossen sei, kommt in diesem Falle keine Bedeutung zu[163]). Nur der Ordnung halber wird regelmäßig dann um Gegenbestätigung gebeten sein, wenn zwischen den Parteien kein Zweifel bestehen kann, daß der Vertrag in allen Einzelheiten mündlich fest zum Abschluß gekommen sei[164]). In solchem Falle stimmt der Empfänger durch Schweigen den im Bestätigungsschreiben gemachten Vorschlägen zu, er wird als zustimmend angesehen. Wenn er, ohne Gegenbestätigung zu erteilen, sich ohne weiteres in den Vertragsvollzug einläßt, gibt er überdies durch konkludente Handlung seine Zustimmung zu erkennen[165]).

Bestätigungsschreiben können aber auch in der Weise gewechselt werden, daß beide Parteien sich gleich nach Vertragsschluß den Inhalt des Vertrages bestätigen, bevor sie von dem Bestätigungsschreiben des anderen Teils Kenntnis erlangt haben; die beiderseitigen Bestätigungsschreiben kreuzen sich also unterwegs. Stimmen die beiden Bestätigungsschreiben inhaltlich vollkommen überein, so wird durch sie der Vertragsinhalt endgültig festgelegt. An dieser Stelle braucht auf die Streitfrage, ob durch sich kreuzende Willenserklärungen ein Vertrag überhaupt zustande kommen kann, nicht eingegangen zu werden. Denn selbst wenn man dies verneint, würde ein solcher Vertrag durch die infolge des Schweigens fingierte Zustimmung zum Abschluß kommen, und zwar in dem Zeitpunkte, in welchem die Antwortsfrist nach den Umständen des Falles zuerst verstrichen ist. Weichen die beiden Bestätigungsschreiben inhaltlich voneinander ab, so muß jede Partei, falls sie nicht als der gegnerischen Auffassung des Vertragsinhaltes zustimmend behandelt werden will, widersprechen[166]). Sie darf den Widerspruch grundsätzlich nicht schon aus dem Grunde unterlassen, weil der Gegner ihren abweichenden Standpunkt ja schon aus ihrem Bestätigungsschreiben habe entnehmen können, sondern nur wenn im Einzelfalle ihr Standpunkt auch für den Gegner klar ersichtlich sein mußte[167]). Daraus ist aber nicht schon zu folgern, wie Stern

161) Danz S. 144, Recht 1908, 1336.
162) RG 106, 414 (Recht 1923 Nr. 414); SeuffA. 62, 45.
163) SeuffA. 62, 45.
164) RG 106, 414; 104, 201 (Soergel 1922 S. 42 Nr. 74; Recht 1922 Nr. 1260).
165) RG 88, 377 (Holdh. 1916, 202).
166) Staub Anm. 38 f zu § 372.
167) SeuffA. 73, 283, HansRZeitschr. 1919, 353.

zutreffend ausführt[168]), daß die widerspruchslose Hinnahme schlechthin als Zustimmung anzusehen ist, sondern nur beim Vorliegen besonderer Umstände. Eine Verallgemeinerung dieses Standpunktes würde dazu führen, daß der Verkäufer als dem Bestätigungsschreiben des Käufers und der Käufer als dem Bestätigungsschreiben des Verkäufers zustimmend erachtet werden müßte[169]). Dann würde ein Vertrag mangels Willensübereinstimmung aber nicht zustande gekommen sein, da kein einheitlicher Vertragsinhalt zugrunde gelegt ist.

Bei sich kreuzenden Bestätigungsschreiben mit voneinander abweichendem Inhalt gibt es drei verschiedene Möglichkeiten:

a) Während sich das eine Bestätigungsschreiben streng an die vorangegangenen Vereinbarungen hält, sind in dem anderen nicht beredete Bestimmungen enthalten, die entsprechend der Absicht des Absenders Vertragsinhalt werden sollen. Hier werden die besonderen Bedingungen Vertragsinhalt, falls der Empfänger nicht rechtzeitig widerspricht[170]). Dem die neuen Bedingungen nicht enthaltenden Bestätigungsschreiben ist nicht ohne weiteres zu entnehmen, daß sein Verfasser für nicht geregelte Punkte an der gesetzlichen Regelung habe festhalten wollen.

b) Der Inhaltsunterschied der beiden Bestätigungsschreiben kann auch darin bestehen, daß sie in **Nebenpunkten,** die eine Ergänzung oder Abänderung des ursprünglichen Vertrages darstellen, voneinander abweichen. Ist nach den Umständen anzunehmen, daß die Parteien den Bestätigungsvertrag auch ohne Einigung über diese Punkte geschlossen haben würden (§ 155 BGB), so ist der Bestätigungsvertrag mit der Maßgabe zustandegekommen, daß die übereinstimmenden Teile der Bestätigungsschreiben Vertragsinhalt geworden sind. Die streitig gebliebenen Bestimmungen können dann durch spätere Vereinbarung, bzw. durch die gesetzlichen Vorschriften geregelt werden. Der Ansicht von Staub, daß diese Entscheidung dem Wesen des Bestätigungsschreibens widerspreche[171]), kann nicht beigetreten werden; es wird vielmehr bei dieser Regelung auf die mit der Uebersendung eines Bestätigungsschreibens verfolgte Absicht der authentischen Vertragsfestlegung weitgehende Rücksicht genommen. Vollständigkeit ist aber, wie schon ausgeführt, keine Voraussetzung des Bestätigungsschreibens.

168) in DJZ 1923, 165.
169) Stern in DJZ 1923 S. 165.
170) HansGZ. 1920, 172; HansRZeitschr. 1920, 556; Recht 1921 Nr. 1440); HansGZ. 1908, 128 (ROLG 1919, 129).
171) Staub Anm. 38 f, zu § 372.

Ist jedoch anzunehmen — damit wird Staub's Bedenken vollends entkräftet —, daß die Parteien die Nebenpunkte ihrerseits zur Bedingung für den Abschluß des ganzen Vertrages machen wollten, so ist ein Bestätigungsvertrag mangels Willensübereinstimmung nicht zustande gekommen. Es verbleibt dann vielmehr bei dem ursprünglich abgeschlossenen Vertrage, der allein für die Vertragsrechte und Pflichten der Parteien maßgebend ist.

c) Weichen die Bestätigungsschreiben in **Hauptpunkten** voneinander ab, so ist ebenfalls ein Bestätigungsvertrag nicht zustandegekommen. Grundlage für die rechtlichen Beziehungen der Parteien bleiben dann also die vorangegangenen Abreden.

c) Unter Nichtkaufleuten.

Die bisherige Erörterung hat sich nur mit der Bedeutung eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens im Verkehr unter **Kaufleuten** befaßt. Aus dem Begriff „kaufmännisches Bestätigungsschreiben" ist nicht schon herzuleiten, daß dieses nur unter Kaufleuten vorkommt, es wird vielmehr häufig auch zwischen einem Kaufmann und einem Nichtkaufmann, bzw. Minderkaufmann gebraucht. Treffen die bisherigen Darlegungen nun auch den Nichtkaufmann?

§ 346 HGB besagt ausdrücklich, daß sich der in ihm ausgesprochene Grundsatz nur auf den Verkehr unter Kaufleuten beziehe. Hiernach würden die im Handelsverkehr unter Kaufleuten geltenden Gewohnheiten und Gebräuche im Verkehr eines Kaufmanns mit einem Nichtkaufmann auf letzteren keine Anwendung finden. Das träfe dann auch hinsichtlich der Bedeutung des Schweigens auf Bestätigungsschreiben im Handelsverkehr zu.

Nun kann aber die im Handelsverkehr geltende Gewohnheit durch tatsächliche Uebung zur Verkehrssitte im Sinne des § 157 BGB werden[172]). Diese bekommt dann auch für den bürgerlichen Rechtsverkehr Bedeutung; der Nichtkaufmann ist ihr, selbst bei Unkenntnis, wie schon oben näher dargetan ist, unterworfen.

Das Bestehen einer solchen Verkehrssitte ist in der Rechtsprechung für Geschäftsleute, für Personen, die als Geschäftsleute mitten im Leben stehen[173]), anerkannt.

Man wird aber, mit Staub, noch weiter gehen und die Anwendbarkeit der dargelegten Grundsätze, besonders die Prüfungs-

172) Gruch. 52, 1100 (Holdh. 1907, 142; SeuffBl. 1907, 648; JW 1907, 149); Danz S. 229 Anm. 2; Düringer-Hachenburg Anm. 12 zu § 346; Oertmann, Rechtsordnung S. 390 ff.

173) SeuffA. 74, 193; Staub Anm. 38 a. a. E. zu § 372; WarnR. 1919, 72.

und Antwortpflicht, auch dann bejahen müssen, wenn die nach Treu und Glauben zu beurteilenden Umstände dies im einzelnen Fall erfordern[174]). Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verlangen auch vom Nichtkaufmann häufig, daß er bei Nichtübereinstimmung mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens Widerspruch erhebt. Diese Feststellung darf jedoch nicht übertrieben werden. Es ist vielmehr daran festzuhalten, daß im Geschäftsverkehr der Nichtkaufmann größeren Schutzes bedarf als der erfahrenere Vollkaufmann und daß es dem Vollkaufmann im Verkehr mit Nicht- oder Minderkaufleuten nicht in jedem Falle erlaubt sein darf, aus der Unerfahrenheit dieser insoweit Vorteile für sich zu ziehen, als er günstige Bedingungen für sich einseitig einführt. Es ist also in jedem Falle festzustellen, was die den gesamten Rechtsverkehr beherrschenden Grundsätze von Treu und Glauben nach den besonderen Umständen des Falles erfordern. Dabei wird auch die kaufmännische Erfahrenheit des Nichtkaufmanns zu beachten sein[175]), insbesondere ob er mit den Gepflogenheiten des Handelsverkehrs vertraut war.

Indem die vorliegende Erörterung sich auf den dargelegten Standpunkt stellt, verneint sie einerseits die in Literatur und Rechtsprechung vertretene Ansicht, daß für einen Nichtkaufmann in jedem Falle eine Prüfungs- und Redepflicht bei Nichteinverständnis mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens bestehe[176]). Es ist vielmehr als Regel aufzustellen, daß ein Kaufmann nur ausnahmsweise bei Nichtübereinstimmung schweigen dürfe, ein Nichtkaufmann dagegen ausnahmsweise reden müsse, nämlich, wenn Treu und Glauben es verlangen[177]). Andererseits wird damit aber auch die Ansicht abgelehnt, nach der ausnahmslos keine Prüfungspflicht für den Nichtkaufmann besteht[178]).

2. Die vermeintliche Abschlußbestätigung.

Im Anschluß an die Bestätigungsschreiben, welche nach zweifelsfreiem Vertragsschluß von den Parteien übersandt werden, sollen nunmehr Bestätigungsschreiben behandelt werden, in denen eine Partei einen Vertrag, der nur nach ihrer irrigen Auffassung zustandegekommen ist, bestätigt. In Wirklichkeit ist

174) Staub Anm. 38 a. a. E. zu § 372; RGRKom. Anm. 2 zu § 147. DJZ 1906, 264, ROLG 28, 369; 28, 370; 23, 2; BayZ. 20, 175 (LZ 20, 755); PosMSchr. 1904, 34 (Recht 1904, Nr. 1130).

175) DJZ 1906, 264; SeuffA. 74, 193; WarnR. 1919, 72.

176) Staudinger Anm. 3 zu § 146; Recht 1920, 1359; Breslau AK. 20, 38 (Soergel 1921, S. 25 Nr. 47).

177) Staub Anm. 38 a zu § 372.

178) DJZ 1908, 212; ROLG 19, 58; (SeuffBl. 1909, 321); Recht 1923, 172.

es also in diesen Fällen noch nicht zu einem Vertragsschluß gekommen, die bestätigende Partei nimmt dies nur infolge eines Mißverständnisses oder infolge unrichtiger Uebermittelung einer Willenserklärung an und teilt dem Gegner nunmehr ihre Auffassung vom Vertragsinhalt mit. Ein solches Mißverständnis kann besonders leicht bei Verhandlungen mittels Telephon oder Telegraph entstehen. Auch die im kaufmännischen Leben erforderliche knappe Ausdrucksweise kann einen solchen Irrtum begünstigen [179]).

Hier ist auch der Fall zu untersuchen, daß ein Reisender oder Agent seinem Geschäftsherrn einen erfundenen oder anders erteilten Auftrag eines Kunden übermittelt, um eine Provision zu erhalten, und der Geschäftsherr dann diesen vermeintlichen Vertragsschluß ohne Kenntnis von der Arglist seines Reisenden unter Angabe der näheren Bedingungen dem angeblichen Vertragsgegner bestätigt.

Hier besteht ein Handelsbrauch, nach welchem der Empfänger verpflichtet ist, den Gegner von seiner abweichenden Auffassung über das Zustandekommen des Vertrages alsbald in Kenntnis zu setzen [180]). Er mußte den Irrtum des Schreibenden, der auf dessen Dispositionen nachteiligen Einfluß haben konnte, aus dem Bestätigungsschreiben ersehen [181]) und ist nach den im Handelsverkehr geltenden Grundsätzen von Treu und Glauben zum Widerspruch verpflichtet, damit der Gegner nicht im Vertrauen auf die Gültigkeit des bestätigten und unwidersprochenen Antrages zwecklose und kostspielige Aufwendungen zwecks Erfüllung des Vertrages mache [182]). Dem Empfänger soll es dadurch auch versagt sein, auf Kosten des Bestätigenden zu spekulieren, indem er zunächst nicht antwortet [183]).

Schweigen auf Bestätigungsschreiben kann nicht nur dann beim Vorliegen besonderer Umstände als Zustimmung gelten, wenn es sich um Ergänzung eines abgeschlossenen Vertrages hinsichtlich vorher nicht anderweit geregelter Punkte handelt, sondern auch bei Vertragsofferten [184]). An den Ausdruck „Bestätigungsschreiben" darf man sich dabei nicht klammern. Auch wenn vorher nichts vereinbart worden ist, kann es trotz des Ausdrucks „Bestätigungsschreiben" als ein Vertragsantrag aufgefaßt werden [185]). Als ein solches erneutes Vertrags-

179) Recht 1916 Nr. 1064.
180) Staudinger Anm. 3 zu § 146; RG 114, 282 (JW 26, 2434); HansRZ. 19, 353.
181) DJZ 10, 881 (LZ. 10, 854; Gruch 54, 894; JW 10, 649).
182) LZ 1920, 176; HansRZ. 1919, 353.
183) DJZ 1910, 881; HansRZ 1919, 353.
184) RG 114, 282 (JW 1926, 2434); SeuffA. 73, 3; Recht 1906 Nr. 841; WarnR. 1922, 112. **a. A.:** SeuffA. 76, 315.
185) SeuffA. 73, 3.

angebot ist aber der Inhalt eines nach irrtümlich angenommenem Vertragsabschluß übersandten Bestätigungsschreibens in der Regel anzusehen[186]). Denn der Absender gibt darin deutlich seine fortbestehende Bereitwilligkeit zu erkennen, den im Schreiben niedergelegten Vertragsinhalt schlechthin gelten zu lassen und ein Geschäft des im Schreiben erwähnten Inhalts einzugehen, auch wenn der vorausgesetzte Vertragsschluß nicht zustandegekommen ist[187]). Schweigen darauf wird als Zustimmung fingiert, und zwar unter besonderen Umständen. Als besonderer Umstand ist in der Rechtsprechung besonders hervorgehoben worden, daß ein dauernder reger Geschäftsverkehr zwischen den Parteien bestand[188]).

Im übrigen finden die bisher dargelegten allgemeinen Grundsätze über die kaufmännischen Bestätigungsschreiben nach Vertragsschluß auch auf die vermeintlichen Abschlußbestätigungen Anwendung.

Besondere Würdigung verdient der bereits angedeutete Fall, daß ein Geschäftsherr den ihm von seinem Reisenden mitgeteilten Vertragsschluß bestätigt, während in Wirklichkeit noch kein Vertrag zustandegekommen war; es handelt sich vielmehr um einen von dem Reisenden bewußt erdichteten Abschluß. Auch hier kann Schweigen als Zustimmung gelten. Es ist jedoch den Oberlandesgerichten Posen und Colmar nicht darin beizupflichten, daß eine Aufklärungspflicht nur dann bestehe, wenn der Empfänger nach Treu und Glauben ein Mißverständnis des Reisenden hinsichtlich des Vertragsschlusses für möglich erachten mußte, eine solche Pflicht jedoch zu verneinen sei, wenn nach dem Gang der Verhandlungen ein Mißverständnis ausgeschlossen sei[189]). Die Entscheidung kann u. E. nicht davon abhängig gemacht werden, ob ein Mißverständnis vorliegen kann oder nicht, sondern lediglich davon, ob der Bestätigende in gutem Glauben gehandelt hat[190]). Hat der Geschäftsherr Kenntnis von der Unredlichkeit des Reisenden gehabt, dann kann wegen seines eigenen arglistigen Verhaltens auch keine Antwortpflicht für den Empfänger bestehen; der Absender hat dann ja auch garnicht seine wirkliche Auffassung vom Vertragsinhalt dargelegt. Hat der Geschäftsherr jedoch nicht gewußt, daß der Reisende den Abschluß erfunden oder seinen Inhalt willkürlich verändert habe, dann

186) SeuffA. 73, 3; DJZ 10, 881 (LZ 10, 854; Gruch. 54, 894; JW 10, 649); Holdheim 1914, 73; LZ 1920, 176.

187) Holdheim 1914; 73; DJZ 1910, 881; LZ 1911, 925; (WarnR. 1910/11, 466; JW 1911, 976 Nr. 7; SeuffBl. 1912, 165).

188) SeuffA. 73, 3; vgl. auch Dernburg S. 403 ff.

189) ROLG 28, 373; Recht 1910 Nr. 1661.

190) Staub Anm. 38 a zu § 372; Staudinger Anm. 3 zu § 146; ElsLothrZ. 16, 277.

muß der Empfänger widersprechen, da er den Irrtum des Bestätigenden erkennen kann und ihn — der Verkehrssicherheit entsprechend — vor Schaden bewahren muß. Sein Schweigen gilt dann als Annahme des in dem Bestätigungsschreiben enthaltenen Vertragsantrages.

Eine Aufklärungspflicht des Empfängers ist in allen diesen Fällen zu verneinen, wenn der Empfänger vor Empfang des Bestätigungsschreibens die Gegenpartei davon in Kenntnis gesetzt hatte, daß nach seiner Auffassung ein fester Vertragsschluß nicht zustandegekommen sei[191]).

Für die Behandlung der vermeintlichen Abschlußbestätigung unter Nichtkaufleuten gilt das unter II 1 c Gesagte entsprechend. Im allgemeinen gilt im Verkehr eines Nichtkaufmanns mit einem Kaufmann der Vertragsantrag als durch Schweigen abgelehnt, nur ausnahmsweise kann eine Redepflicht bestehen und das Schweigen als Zustimmung angesehen werden.

III. Bestätigungsschreiben zwecks Vertragsschlusses.

a) Unter Kaufleuten.

Bestätigungsschreiben dienen nicht immer nur zur Bestätigung eines bereits geschlossenen Vertrages. Sie werden vielmehr häufig übersandt, wenn zwischen den Parteien bisher nur Vorverhandlungen über die Grundlagen eines später noch abzuschließenden Vertrages stattgefunden haben. Der Absender gibt in diesem Falle kund, daß sein Antrag nunmehr entsprechend dem Inhalte seines Bestätigungsschreibens laute und seine endgültige Entschließung darstelle, auf Grund deren er den Vertrag zum Abschluß bringen wolle[192]). Enthält ein solcher Antrag die dem Gegner erkennbare Absicht der vollständigen Inhaltszusammenfassung des abzuschließenden Vertrages, so muß er nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Handels- und Verkehrssitte antworten, wenn er nicht als zustimmend angesehen werden will[193]). Erkennt der Empfänger nämlich den Zweck des Bestätigungsschreibens — oder mußte er ihn erkennen —, so kann es ihm nicht entgehen, daß der Absender in der Voraussetzung des Einverständnisses sein Stillschweigen als Billigung auffassen und mit der Vertragserfüllung beginnen werde[194]). Ein solches Antragsbestätigungsschreiben muß eine noch viel strengere Beurteilung hinsichtlich der unter II. 1 b dargelegten Voraussetzungen erfahren, weil hier durch das Bestäti-

191) HansRZ 19, 353; SeuffA. 73, 3.
192) SächsArch. 20, 113.
193) ROLG 41, 215.
194) SächsArch. 20, 113.

gungsschreiben erst ein Vertrag zustandekommen soll; insbesondere muß es deutlich und klar den Willen des Schreibenden dartun. Das gilt ganz besonders hinsichtlich der Aenderungen, die gegenüber den mündlichen Vorverhandlungen vorgeschlagen werden. Sonst könnte der Empfänger leicht zu dem Ergebnis kommen, daß das Bestätigungsschreiben nur den Zweck verfolge, weitere Klärungen innerhalb der Vorverhandlungen zu bewirken und keine endgültige Zusammenfassung des Vertragswillens bedeute.

b) Unter Nichtkaufleuten.

Eine andere Bedeutung muß einem solchen Bestätigungsschreiben zugelegt werden, wenn es einem Nichtkaufmann übersandt wird. Dieser wird darin grundsätzlich nur einen gewöhnlichen Vertragsantrag erblicken können, den er nicht zu beantworten braucht, gehen ihm doch täglich solche unverbindlichen Offerten zu, die er nicht beachtet. Würde man die dargelegten Grundsätze ohne weiteres auf ihn anwenden, so würde er damit der großen Gefahr ausgesetzt sein, häufiger in Verträge hineingezogen zu werden, deren Abschluß ihm völlig fernlag. Selbst wenn ein derartiges Bestätigungsschreiben auf Vorverhandlungen Bezug nimmt, widerspricht es dem allgemeinen Rechtsempfinden, ihm im bürgerlichen Verkehr eine rechtliche Bedeutung beizumessen. Eine solche Härte kann gegenüber dem kleinen Gewerbetreibenden und dem Nichtkaufmann nicht angewendet werden.

Dagegen muß sich ein Nichtkaufmann, der einem Kaufmann ein solches Bestätigungsschreiben übersendet, darauf verlassen können, daß dieser das Schreiben mit der im Handelsverkehr üblichen Sorgfalt prüft und gegebenenfalls widerspricht. Der Kaufmann muß sich auch im Verkehr mit einem Nichtkaufmann den Regeln des kaufmännischen Verkehrs unterwerfen, zu deren Beobachtung er uneingeschränkt auf Grund seiner Kaufmannseigenschaft verpflichtet ist.

Lebenslauf.

Am 6. August 1904 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Felix Lewin und seiner Ehefrau Mathilde, geb. Saklikower, zu Kattowitz geboren. Vom Jahre 1910 ab besuchte ich das Gymnasium zu Stolp in Pomm. Hier bestand ich im Februar 1922 die Reifeprüfung. Ich widmete mich dann dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Heidelberg, Königsberg, Leipzig, Berlin und Bonn.

Nach 6semestrigem Studium bestand ich am 11. November 1925 am Oberlandesgericht Königsberg die erste juristische Staatsprüfung.

Seit Ende Dezember 1925 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst in Berlin.